

# Vrijheid verzekerd?

Citation for published version (APA):

Holthinrichs, D. B. (2018). *Vrijheid verzekerd? Een onderzoek naar de reikwijdte van de vrije advocaatkeuze in rechtsbijstandverzekeringen*. []. Open Universiteit.

## Document status and date:

Published: 23/11/2018

## Document Version:

Version created as part of publication process; publisher's layout; not normally made publicly available

## Document license:

CC BY-NC-ND

## Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

<https://www.ou.nl/taverne-agreement>

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[pure-support@ou.nl](mailto:pure-support@ou.nl)

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 05 May. 2023

**Open Universiteit**  
[www.ou.nl](http://www.ou.nl)



**Vrijheid verzekerd?**

**Een onderzoek naar de reikwijdte van de vrije advocaatkeuze in  
rechtsbijstandverzekeringen**

### *Serie-informatie*

Dit boek is het vijftiende deel van een boekenreeks van Uitgeverij Paris: de ACIS-serie.

ACIS staat voor het UvA Amsterdam Centre for Insurance Studies. Dit multidisciplinaire onderzoekscentrum legt zich toe op wetenschappelijk onderzoek op het terrein van verzekeringen. In de ACIS-serie verschijnen onder andere ACIS-symposiumbundels, dissertaties van ACIS-onderzoekers, oraties van ACIS-onderzoekers en andere wetenschappelijke onderzoeksresultaten op het terrein van verzekeringen.

De ACIS-serie staat onder redactie van prof. dr. M.L. Hendrikse, prof. dr. J.G.J. Rinkes en prof. dr. ir. M.H. Vellekoop.

# Vrijheid verzekerd?

Een onderzoek naar de reikwijdte van de vrije  
advocaatkeuze in rechtsbijstandverzekeringen

Deel 15 ACIS-serie

*Mr. D.B. Holthinrichs*

Zutphen 2018



---

UITGEVERIJ *Paris*

Vrijheid verzekerd?

Een onderzoek naar de reikwijdte van de vrije advocaatkeuze in rechtsbijstandverzekeringen

ISBN 978-94-6251-193-4

NUR 822

© 2018 Uitgeverij Paris bv, Zutphen

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)).

Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in een bloemlezing, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.cedar.nl/pro](http://www.cedar.nl/pro)).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteurs, redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

# Vrijheid verzekerd?

Een onderzoek naar de reikwijdte van de vrije  
advocaatkeuze in rechtsbijstandverzekeringen

## PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor  
aan de Open Universiteit  
op gezag van de rector magnificus  
prof. mr. A. Oskamp  
ten overstaan van een door het  
College voor promoties ingestelde commissie  
in het openbaar te verdedigen

op vrijdag 23 november 2018 te Heerlen  
om 16:00 uur precies

door

Daniël Bo Holthinrichs  
geboren op 31 januari 1981 te Groningen

**Open Universiteit**  
www.ou.nl



**Promotores**

Prof. mr. drs. M.L. Hendrikse, Open Universiteit

Prof. mr. J.G.J. Rinkes, Open Universiteit

**Leden beoordelingscommissie**

Prof. mr. J. Borgesius, Rijksuniversiteit Groningen (emeritus)

Prof. mr. C. van Schoubroeck, KU Leuven

Prof. mr. B. Weyts, Universiteit Antwerpen

Prof. mr. dr. J.B. Wezeman, Rijksuniversiteit Groningen

Prof. mr. dr. R.F.H. Mertens, Open Universiteit

Prof. dr. J.W. Sap, Open Universiteit

Prof. mr. T.H.M. van Wechem, Open Universiteit

# Inhoudsopgave

<b>1</b>	<b>Inleiding en afbakening van het onderzoek / 11</b>
1.1	Inleiding / 11
1.2	Onderzoeksvragen en onderzoeksopzet / 19
1.2.1	Onderzoeksvragen / 19
1.2.2	Bronnen van onderzoek / 22
1.2.3	Rechtsvergelijking / 23
1.3	Leeswijzer bij deze dissertatie / 24
	<b>Algemeen deel / 27</b>
<b>2</b>	<b>De Nederlandse praktijk van rechtsbijstandverzekering / 29</b>
2.1	Inleiding / 29
2.2	Ontwikkeling van de rechtsbijstandverzekering van de jaren vijftig van de vorige eeuw tot op heden / 29
2.3	Het (primaire) naturakarakter van de Nederlandse rechtsbijstandverzekering en de vergoeding van advocaatkosten / 31
2.3.1	De Nederlandse praktijk / 31
2.3.2	De verzekeraarbaarheid van advocaatkosten politiek onder de aandacht / 33
2.4	Conclusie / 35
<b>3</b>	<b>Afbakening van het onderzoek / 37</b>
3.1	Inleiding / 37
3.2	Resolutie van Parijs 16 maart 1974 / 37
3.3	Verbod op rechtsbijstandverlening voor de rechtsbijstandverzekeraar versus optionele model van kostenverzekering in Richtlijn 87/344/EEG / 41
3.4	Conclusie / 43
	<b>Bijzonder deel / 45</b>
<b>4</b>	<b>Eerste richtlijn schadeverzekeringen (Richtlijn 73/239/EEG) en het probleem van belangenconflicten in de rechtsbijstandverzekering / 47</b>
4.1	Inleiding / 47
4.2	Vrijheid van vestiging voor verzekeringsmaatschappijen via Richtlijn 73/239/EEG / 48
4.3	Grote en kleine specialisatie in verzekeringen: branchecumulatieverbod oftewel ‘Spartentrennungsgebot’ / 50



4.4	De afwijkende situatie van Bondsrepubliek Duitsland binnen de EEG ten aanzien van de rechtsbijstandverzekering / 53
4.4.1	Spartentrenningsgebot rechtsbijstandverzekering: de specialisatie-eis in Bondsrepubliek Duitsland (multibranche versus monobranche verzekeringsmaatschappijen) / 53
4.4.2	Het probleem van belangenconflicten binnen de rechtsbijstandverzekering in het kort geduid / 54
4.5	Verschillende typen belangenconflicten in multibranche en gespecialiseerde verzekeringsmaatschappijen / 58
4.5.1	Algemeen / 58
4.5.2	Bespreking van verschillende soorten belangenconflicten / 59
4.5.2.1	Meest sprekende geval van belangenconflicten: geen optimale belangenbehartiging van rechtsbijstandverzekerde in het geschil met diens wederpartij / 59
4.5.2.2	Geen optimale belangenbehartiging van rechtsbijstandverzekerde in een strafrechtelijke procedure die weerslag heeft op het civielrechtelijke geschil van de rechtsbijstandverzekerde / 60
4.5.2.3	Bij een veroordeling in een strafrechtelijke procedure komt de rechtsbijstandverzekerde geen beroep meer toe op de andere verzekering (veelal een aansprakelijkheidsverzekering) bij dezelfde verzekeraar / 60
4.5.2.4	Bij een veroordeling in een strafrechtelijke procedure komt de rechtsbijstandverzekerde geen beroep meer toe op diens rechtsbijstandverzekering bij dezelfde verzekeraar / 61
4.5.2.5	Ongewenst delen van dossierinformatie van de rechtsbijstandverzekerde / 62
4.5.2.6	Uitvoeringsbepalingen van aansprakelijkheidsverzekeraars / 62
4.6	Conclusie / 63
<b>5</b>	<b>Richtlijn 87/344/EEG / 65</b>
5.1	Inleiding / 65
5.2	Oorspronkelijke richtlijnvoorstel van de Europese Commissie (1979) / 66
5.2.1	Inleiding / 66
5.2.2	Onderbouwing van de Europese Commissie van de noodzaak tot voorkoming van belangenconflicten / 67
5.2.3	Maatregelen tegen belangenverstrengeling in het oorspronkelijke richtlijnontwerp van de Europese Commissie / 69
5.3	Behandeling van het richtlijnvoorstel bij het Europees Parlement / 73
5.3.1	Algemeen / 73
5.3.2	Preadviezen van de mede-adviserende commissies binnen het Europees Parlement / 74
5.3.2.1	Advies van de Commissie voor milieubeheer, volksgezondheid en consumentenbescherming / 74
5.3.2.2	Advies van de Economische en Monetaire Commissie / 75
5.3.3	Advies van de Juridische Commissie van het Europees Parlement / 75
5.3.4	Behandeling van het richtlijnvoorstel in plenaire vergaderingen van het Europees Parlement / 77

5.4	Advies van het Economisch en Sociaal Comité / 80
5.5	Aangepast richtlijnvoorstel van de Europese Commissie / 81
5.6	Behandeling van het richtlijnvoorstel bij de Raad van de Europese Economische Gemeenschappen / 82
5.7	Globale bespreking van de inhoud van Richtlijn 87/344/EEG en daarin opgenomen maatregelen tegen belangenconflicten / 83
5.8	Conclusie / 93
<b>6</b>	<b>Travaux préparatoires van Richtlijn 87/344/EEG ten aanzien van het recht van vrije advocaatkeuze / 97</b>
6.1	Inleiding / 97
6.2	De richtlijnvoorstellen (1979 en 1982) van de Europese Commissie en het recht van vrije advocaatkeuze / 99
6.3	Tekstuele vergelijking van de richtlijnvoorstellen artikel 5 (1979) respectievelijk artikel 6 (1982) met het definitieve vrije advocaatkeuzeartikel in Richtlijn 87/344/EEG / 105
6.4	Het tweede richtlijnvoorstel van de Europese Commissie en de vrije advocaatkeuze in de Raad van de EEG / 109
6.4.1	Inleiding / 109
6.4.2	Bespreking van de vrije advocaatkeuze in samenhang met de overige operationele maatregelen inzake schaderegeling in de (werk)Groep Economische Vraagstukken, de ad-hoc-raden en het Comité van Permanente Vertegenwoordigers / 110
6.4.2.1	De operationele maatregelen ten behoeve van de verzekeringsmaatschappij / 110
6.4.2.2	Het aanvangsmoment van de 'vrije advocaatkeuze' en de groep te kiezen rechtshulpverleners / 116
6.4.2.3	Het begrip 'gerechtelijke of administratieve procedures' / 128
6.4.2.4	In hoeverre zijn beperkingen ten aanzien van de door de verzekeraar in het kader van de te vergoeden kosten toegestaan? / 132
6.5	Conclusie / 135
<b>7</b>	<b>De rechtsbijstandverzekering in de Nederlandse wet en praktijk / 139</b>
7.1	Inleiding / 139
7.2	Belangrijke Nederlandse wetgeving omtrent de rechtsbijstandverzekering in het bijzonder het recht van vrije advocaatkeuze / 140
7.2.1	Inleiding / 140
7.2.2	Implementatie van operationele maatregelen uit artikel 3 lid 2 Richtlijn 87/344/EEG / 142
7.2.3	Implementatie van het vrije advocaatkeuzerecht van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG / 145
7.2.3.1	Aanvangsmoment vrije advocaatkeuze: 'wordt verzocht' / 146
7.2.3.2	Groep personen vrije advocaatkeuze: een advocaat of andere 'rechtens bevoegde deskundige' / 151
7.2.3.3	Reikwijdte vrije advocaatkeuzerecht: (gerechtelijke) en administratieve procedures / 153
7.2.4	De geschillenregeling / 153

7.3	Wijziging artikel 4:67 Wft (artikel inzake de vrije advocaatkeuze) naar aanleiding van de uitspraak <i>Sneller</i> (2013) / 156
7.4	Verhouding advocatuur en rechtsbijstandverzekeraars: procesmonopolie en toetreding advocaten bij rechtsbijstandverzekeraars en schaderegelingskantoren / 158
7.4.1	Inleiding / 158
7.4.2	Het procesmonopolie van de advocatuur / 158
7.4.3	Verordening op de praktijkuitoefening in dienstbetrekking: mogelijkheden voor advocaten om toe te treden tot rechtsbijstandverzekeraars en discussie over de vrije advocaatkeuze / 161
7.5	Conclusie / 165
<b>8</b>	<b>Europese en Nederlandse jurisprudentie omtrent het recht van vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG / 167</b>
8.1	Inleiding / 167
8.2	Nederlandse jurisprudentie inzake de vrije advocaatkeuze vóór de Europese rechtspraak inzake <i>Sneller</i> / 169
8.3	Interpretatiemethoden van het HvJ EU / 173
8.4	Europese rechtspraak inzake de vrije advocaatkeuze: de arresten <i>Eschig</i> , <i>Stark</i> / 179
8.4.1	<i>Eschig</i> (2009) / 179
8.4.1.1	Feitenverloop en oordeel HvJ EU / 179
8.4.1.2	Conclusie A-G Trstenjak inzake <i>Eschig</i> / 183
8.4.2	<i>Stark</i> (2011) / 186
8.5	Procesgang inzake <i>Sneller</i> voorafgaand aan het arrest van het HvJ EU / 189
8.5.1	Feitenverloop / 189
8.5.2	Eerste aanleg / 190
8.5.3	Hoger beroep / 191
8.5.4	Cassatie en het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJ EU / 192
8.6	<i>Sneller</i> -arrest HvJ EU / 200
8.7	Opmerkingen naar aanleiding van het <i>Sneller</i> -arrest / 203
8.7.1	Intermezzo 1: gefinancierde rechtsbijstand – effectieve toegang tot het recht versus vrije advocaatkeuze / 206
8.7.2	Intermezzo 2: de zorgverzekering en de vrije artsenkeuze / 210
8.7.2.1	Kostenverzekeringen / 211
8.7.2.2	Naturaprestaties en kostenvergoedingen / 212
8.7.2.3	Europeesrechtelijke jurisprudentie omtrent de Nederlandse situatie van het ziekenfonds (vóór invoering Zvw) / 213
8.7.2.4	De vrije artsenkeuze is door de Nederlandse wetgever tot wet gemaakt door middel van de acceptatie van het hinderpaalcriterium / 215
8.7.2.5	Een Europeesrechtelijk beginsel van vrije artsenkeuze ontbreekt derhalve behoudens bij grensoverschrijdende zorg / 218
8.7.3	Doorstaat de vigerende ruime uitleg van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG de toets van de Europeesrechtelijke beginselen van motivering en evenredigheid? / 219
8.7.3.1	Algemeen / 219

8.7.3.2	Gebrekkige motivering? / 219
8.7.3.3	Evenredigheidstoets ten aanzien van Richtlijn 87/344/EEG en het recht van vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG / 221
8.8	Nederlandse jurisprudentie na het <i>Sneller</i> -arrest van het HvJ EU / 228
8.9	Europese rechtspraak II: nieuwe prejudiciële vragen omtrent het begrip ‘administratieve procedure’ van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG / 234
8.9.1	UWV-procedures ( <i>Massar/DAS Nederlandse Rechtsbijstand Verzekeringsmaatschappij</i> ) / 234
8.9.2	Bestuurlijke voorprocedure ( <i>Büyüktipi/Achmea</i> ) / 238
8.9.3	Uitspraken HvJ EU / 239
8.9.3.1	HvJ EU: <i>Massar</i> tegen <i>DAS</i> / 239
8.9.3.2	HvJ EU: <i>Büyüktipi</i> tegen <i>Achmea c.s.</i> / 241
8.9.4	Conclusies uit de 7 april-arresten inzake de vrije advocaatkeuze / 241
8.10	Balans: gevolgen van de verruimde vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG op de dekking onder de rechtsbijstandverzekering / 243
8.11	Aanbeveling / 246
8.12	Conclusie / 247
<b>9</b>	<b>Rechtsvergelijking: de omzetting van Richtlijn 87/344/EEG en de vrije advocaatkeuze in Duitsland, Oostenrijk en Frankrijk / 251</b>
9.1	Inleiding / 251
9.2	Duitsland / 251
9.2.1	Historie / 251
9.2.2	Spartentrennung / 253
9.2.3	Implementatie van Richtlijn 87/344/EEG in Duitse wetgeving / 256
9.2.4	Prestatie van de rechtsbijstandverzekeraar / 257
9.2.5	Inrichting van de schaderegeling bij de rechtsbijstandverzekeraar / 261
9.2.6	Vrije advocaatkeuze / 263
9.2.7	Vergoeding advocaatkosten / 268
9.2.8	Actief schademanagement van rechtsbijstandverzekeraars in de praktijk / 271
9.3	Oostenrijk / 274
9.3.1	Historie / 274
9.3.2	Maatregelen ter voorkoming van belangenconflicten / 276
9.3.3	Wetgeving / 277
9.3.4	Prestatie van de rechtsbijstandverzekeraar / 278
9.3.5	Inrichting van de schaderegeling bij de rechtsbijstandverzekeraar / 284
9.3.6	Vrije advocaatkeuze / 286
9.3.7	Vergoeding advocaatkosten / 297
9.4	Frankrijk / 299
9.4.1	Historie / 299
9.4.2	Structurele belangenconflicten: IDA / IRSA / 300
9.4.3	Wetgeving / 303
9.4.4	‘La Réforme de l’assurance protection juridique’ van 2007: Loi 2007-210 / 304

9.4.5	Prestatie van de rechtsbijstandverzekeraar / 312
9.4.6	Inrichting van de schaderegeling / 317
9.4.7	Vrije advocaatkeuze / 320
9.4.8	Vergoeding advocaatkosten / 323
9.5	Samenvatting / 325
<b>10</b>	<b>Maatregelen naar aanleiding van de verruimde advocaatkeuze in de Nederlandse praktijk van rechtsbijstandverzekeringen met aanbevelingen / 329</b>
10.1	Inleiding / 329
10.2	Kostenbeperkende maatregelen post-Sneller / 330
10.2.1	Algemeen / 330
10.2.2	Omzetgenererende maatregelen: premieverhoging en eigen risico's / 330
10.2.3	Kostenbeperkende maatregelen: kostenmaxima en tariefbeperkingen / 334
10.3	Bezuinigingsmaatregelen: besparing op interne kosten en efficiënt inzetten van juridisch personeel / 339
10.4	Evaluatie van de interne rechtshulpverlening en de rol en kwaliteiten van de rechtsbijstandverzekeringsjurist / 346
10.5	Tariefregulering, marktregulering en leidraad voor een 'toereikende kostenvergoeding' ten behoeve van een redelijke keuzevrijheid / 354
10.5.1	Tariefregulering? / 355
10.5.2	Zelfregulering / 357
10.6	Gesanctioneerde verplichtingen van verzekerden en de geschillenregeling ter begrenzing van de externe rechtshulpkosten / 365
10.7	Conclusie / 373
	<b>Samenvatting / 375</b>
	<b>Lijst verkort aangehaalde werken / 383</b>
	<b>Lijst met aangehaalde jurisprudentie / 391</b>
	<b>Bijlage 1: Polisvoorwaarden ten tijde van implementatie van Richtlijn 87/344/EEG in de Nederlandse wet in vergelijking met polisvoorwaarden na het arrest <i>Sneller</i> / 395</b>

# Hoofdstuk 1

## Inleiding en afbakening van het onderzoek

### 1.1 Inleiding

De Nederlandse rechtsbijstandverzekeraars staan momenteel onder druk vanwege de (Europeesrechtelijke) discussie over de omvang van de vrije advocaatkeuze in geval van een rechtsbijstandverzekering. De rechtsbijstandverzekeraars krijgen daaromtrent met regelmaat aandacht in de media.<sup>1</sup> Al deze commotie rondom de vrije advocaatkeuze kan worden teruggevoerd op rechtspraak van het HvJ EU betreffende de zogenoemde vrije advocaatkeuze in verband met de onderliggende rechtsbijstandverzekeringsrichtlijn (87/344/EEG). In 2009 heeft het HvJ EU zijn oordeel gegeven in de Oostenrijkse zaak *Eschig* ('Eschig 2009').<sup>2</sup> Deze uitspraak, waarin het HvJ EU het recht van de verzekeringnemer of verzekerde op vrije advocaatkeuze heeft bevestigd en de reikwijdte ervan heeft vastgesteld, heeft de typisch Nederlandse praktijk van de rechtsbijstandverzekering (waarover later meer) opnieuw ter discussie gesteld. De grenzen van het recht van vrije advocaatkeuze worden momenteel opnieuw afgetast, langs de lijnen van de bijzonderheden van het Nederlandse procesrecht. Het *Sneller*-arrest van het HvJ EU (2013)<sup>3</sup> heeft hierbij de bakens nader gezet.

Het recht van vrije advocaatkeuze van verzekerden dat centraal staat in het huidige juridische en maatschappelijke debat is verankerd in de Nederlandse wetgeving, en wel in artikel 4:67 Wft. Recentelijk is dit artikel gewijzigd waarmee aansluiting is gezocht met voornoemd *Sneller*-arrest.<sup>4</sup> Dit artikel beschrijft – kort gezegd – de verplichting voor rechtsbijstandverzekeraars om, volgens de in het artikel genoemde voorwaarden, verzekerden de keuzevrijheid te bieden om hun advocaat of andere *rehtens bevoegde deskundige* te kiezen, ofwel in een gerechtelijke of administratieve procedure ofwel in de situatie waarin zich tussen verzekerde en de rechtsbijstandverzekeraar een belangenconflict voordoet. Indien verzekerde daarvoor kiest, wordt de verdere rechtsbijstand door de gekozen rechtshulpverlener verstrekt, zulks voor

1. Zie o.a. AM Signalen 21 januari 2011, MR Online 13 mei 2014, 'Steeds meer rechtsbijstandverzekeraars frustreren vrije advocaatkeuze' (<http://www.mr-online.nl/>); Advocatie 22 februari 2012, 'Weer nederlaag voor voorvechters vrije advocaatkeuze' (<http://www.advocatie.nl/>); Advocatie 14 januari 2015, 'Weer vragen over vrije advocaatkeuze naar Europese Hof van Justitie' (<http://www.advocatie.nl/>); *Aanhangsel Handelingen* 2011/12, 320, antwoord van de Minister van Veiligheid en Justitie Opstelden op Kamervragen omtrent de vrije advocaatkeuze en rechtsbijstandverzekeringen; uitzending *Tros Radar* van 24 mei 2010 met een item gewijd aan de vrije advocaatkeuze en rechtsbijstandverzekeringen.
2. HvJ EU 10 september 2009, C-199/081, ECLI:EU:C:2009:538 (*Eschig/UNIQA Sachversicherung AG*).
3. HvJ EU 7 november 2013, C-442/12, ECLI:EU:C:2013:717 (*Sneller/DAS Nederlandse Rechtsbijstand Verzekeringsmaatschappij NV*).
4. Wet van 19 november 2014, *Stb.* 2014, 472, in werking getreden per 1 januari 2015, *Stb.* 2014, 534.

rekening van de rechtsbijstandverzekeraar, al dan niet tot een in de verzekeringsvoorwaarden bepaald *kostenmaximum*.<sup>5</sup>

De toepassing van een recht van vrije advocaatkeuze is in de Nederlandse praktijk niet omstreden. Dat er een recht van keuzevrijheid geldt voor verzekerden om een rechtshulpverlener te kiezen, wordt niet door rechtsbijstandverzekeraars betwist. De discussie inzake het recht op vrije advocaatkeuze draait echter om de vraag onder welke omstandigheden een keuzevrijheid moet worden geboden en wat de omvang ervan is.

Uitgangspunt daarbij is de wetenschap dat Nederlandse rechtsbijstandverzekeraars in beginsel rechtshulp in natura verlenen met eigen juristen of via een daarvoor bestemd schaderegelingskantoor. Na het honoreren van een beroep van verzekerde op het keuzerecht is de rechtsbijstandverzekeraar niet meer dienstverlener ter zake rechtsbijstand in natura, maar faciliteert hij slechts in de vergoeding van de kosten van de rechtsbijstand. De rechtshulp van de rechtsbijstandverzekeraar voert in Nederland tegelijkertijd vrij ver. Rechtsbijstandverzekeraars verlenen niet alleen rechtshulp in de preprocesuele fase. Ook treden de juristen van rechtsbijstandverzekeraars en schaderegelingskantoren binnen de grenzen van het recht van vrije advocaatkeuze veelvuldig in rechte op voor verzekerden.

Deze dissertatie betreft het vrije advocaatkeuzerecht in geval van een gerechtelijke of administratieve procedure. Ik onthoud mij vooralsnog van het formuleren van een exacte definitie van het begrip vrije advocaatkeuzerecht in geval van een gerechtelijke of administratieve procedure omdat deze kwestie een belangrijk onderdeel is van het onderhavige onderzoek.

Het recht op vrije advocatenkeuze is wettelijk verankerd in artikel 4:67 Wft. Deze bepaling vindt haar oorsprong in het Europese recht. De vrije advocaatkeuzebepaling was hier te lande vóór inwerkingtreding van de Wft, opgenomen in artikel 60 WTV 1993. Artikel 4:67 Wft bevat momenteel de regeling van artikel 4 van de richtlijn van de Europese Economische Gemeenschap nr. 87/344/EEG uit 1987. De Nederlandse wetgever heeft daarbij de tekst van de richtlijn strak gevolgd en heeft beoogd de verzekeringnemer ter zake dezelfde bescherming te bieden als onder de richtlijn (artikel 4 Richtlijn 87/344/EEG).<sup>6</sup> Derhalve lost de vraag naar de uitleg en toepassing (aard en ratio) van artikel 4:67 Wft zich op in die van de interpretatie van artikel 4 Richtlijn 87/344/EEG en aanverwante Europese regelgeving en rechtspraak.

5. Artikel 4:67 Wft oud luidde:

1. Een rechtsbijstandverzekeraar draagt er zorg voor dat in de overeenkomst inzake de rechtsbijstanddekking uitdrukkelijk wordt bepaald dat het de verzekerde vrij staat een advocaat of een andere rechtens bevoegde deskundige te kiezen:
  - a. om zijn belangen in een gerechtelijke of administratieve procedure te verdedigen, te vertegenwoordigen of te behartigen; of
  - b. indien zich een belangenconflict voordoet.
2. Dit artikel is niet van toepassing op rechtsbijstandverzekeraars die toepassing hebben gegeven aan artikel 4:65, eerste lid, onderdeel c of artikel 4:65, tweede lid, onderdeel b.

6. *Kamerstukken II* 1988/89, 21076 (MvT).

Richtlijn 87/344/EEG behelst een uitwerking van de overkoepelende *Eerste Richtlijn Schadeverzekeringen*, Richtlijn 73/239/EEG.<sup>7</sup> Deze laatstgenoemde richtlijn had als doel om de basis te leggen voor harmonisatie van de nationale wetgevingen van de lidstaten betreffende het toezicht op schadeverzekeraars. Kort gezegd bevatte Richtlijn 73/239/EEG regelgeving die verzekeringsmaatschappijen van de lidstaten verplichtte tot het naleven van een aantal financieel-verzekeringstechnische eisen. Bovendien werd door middel van deze richtlijn een vergunningensysteem geïntroduceerd voor de in de richtlijn bestreken verzekeringsbranches en verzekeraars, ter controle op de naleving van de nieuwe toezichteisen in de lidstaten. Richtlijn 87/344/EEG vormde een nadere regeling van Richtlijn 73/239/EEG, specifiek met betrekking tot de branche van de rechtsbijstandverzekering.

Artikel 4 regelt in Richtlijn 87/344/EEG het *algemene* recht van vrije advocaatkeuze van verzekerden (kernbestanddelen van artikel 4 lid 1 onder a onderstreept):

‘Artikel 4

1. In elke overeenkomst inzake rechtsbijstandverzekering moet uitdrukkelijk worden bepaald dat

a) indien een advocaat of andere persoon die volgens het nationaal recht gekwalificeerd is, wordt gevraagd de belangen van de verzekerde in een gerechtelijke of administratieve procedure te verdedigen, te vertegenwoordigen of te behartigen, de verzekerde vrij is om deze advocaat of andere persoon te kiezen;

b) de verzekerde vrij is om een advocaat of, indien hij daar de voorkeur aan geeft en voor zover het nationale recht zulks toestaat, een andere gekwalificeerde persoon te kiezen om zijn belangen te behartigen wanneer zich een belangenconflict voordoet.’

Dit recht van vrije advocaatkeuze in Richtlijn 87/344/EEG staat niet op zichzelf maar vloeit voort uit een belangrijke doelstelling. De richtlijn staat onder meer in het teken van diverse maatregelen welke verzekerden beogen te beschermen tegen *belangenconflicten*. Het begrip belangenconflicten zal in hoofdstuk 2 nader worden toegelicht maar komt er in het kort op neer dat, binnen verzekeringsmaatschappijen en concernverbanden waarin verzekeringsmaatschappijen opereerden, regelmatig de (financiële) belangen van de verzekeringsmaatschappij gemoeid met andere verzekeringsbranches conflicteerden met het belang van de rechtsbijstandverzekerde. Daarbij was de verzekeringsmaatschappij (tenminste ogenschijnlijk) geneigd om zich te laten leiden door zijn eigen financiële belangen gemoeid met andere verzekeringsbranches, in plaats van door het belang van de rechtsbijstandverzekerde bij het verkrijgen van goede rechtsbijstand. Bij wijze van voorbeeld valt te denken aan een verzekeringsmaatschappij die zowel het aansprakelijkheidsrisico van de ene verzekerde en een rechtsbijstandrisico van de andere verzekerde dekt waarbij de rechtsbijstandverzekerde de andere, voor aansprakelijkheid verzekerde partij, aansprakelijk stelt. In dit voorbeeld zal de verzekeraar op grond van de dekking van de lopende aansprakelijkheidsverzekeringsovereenkomst mogelijk moeten

7. Inmiddels vervangen door tal van richtlijnen, waaronder Solvabiliteit II (2009/138/EG, in werking getreden per 1 januari 2016).



uitkeren. Het financieel belang gemoeid met de aansprakelijkheidsverzekering leidt zo bezien tenminste ogenschijnlijk tot een perverse financiële prikkel bij de verzekeringsmaatschappij. De verzekeringsmaatschappij zou bovendien de mogelijkheid van inzage in de dossiers van beide strijdende partijen kunnen gebruiken om een eventuele uitkering onder de aansprakelijkheidsverzekering te voorkomen, zulks ten nadele van de rechtsbijstandverzekerde die een maximale schadeloosstelling nastreeft.

Artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG vloeit voort uit één van de maatregelen tegen belangenconflicten, het *algemeen* recht van vrije advocaatkeuze, dat door de Europese Commissie werd voorgesteld ter voorkoming en bestrijding van belangenconflicten als hiervoor genoemd.<sup>8</sup> In de aan Richtlijn 87/344/EEG voorafgaande richtlijnvoorstellen en in deze uiteindelijke richtlijn zijn diverse maatregelen getroffen om het probleem van belangenconflicten te adresseren. Deze maatregelen variëren van operationele maatregelen ter zake het bedrijf van de verzekeringsmaatschappij, gericht op de wijze van schaderegeling die de maatschappij hanteert, tot maatregelen ten behoeve van het opnemen van contractuele bepalingen ter versterking van de positie van verzekerde. Onder deze laatstgenoemde maatregelen valt, naast de vrije advocaatkeuze, onder andere de verplichting om verzekerde te informeren over mogelijke belangenconflicten.

In dit proefschrift zal het vrije advocaatkeuzerecht van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG en het equivalent daarvan in de Nederlandse wet – artikel 4:67 Wft – regelmatig worden aangehaald als het *minimum* van de keuzevrijheid, oftewel het algemene recht van vrije advocaatkeuze dat door verzekeringsmaatschappijen aan verzekerden moet worden gegarandeerd. Tegenover deze minimumgarantie bestaat in Richtlijn 87/344/EEG ook een *ruime* variant van het recht van vrije advocaatkeuze. Artikel 3 lid 2 onder c Richtlijn 87/344/EEG bevat namelijk een bepaling van operationele aard. De rechtsbijstandverzekeraar kan er namelijk voor kiezen om zelf niet te voorzien in rechtsbijstandverlening maar slechts de (externe) kosten van rechtshulp te vergoeden. Hij is daartoe niet verplicht. Verzekeraar dient volgens artikel 3 lid 2 Richtlijn 87/344/EEG (tenminste) één van de gegeven maatregelen voor de operationele inrichting van schaderegeling te kiezen. Daarbij bestaat de keuze uit een strikte scheiding van de schaderegeling van rechtsbijstand binnen de verzekeringsonderneming zelf (aanbrengen van ‘chinese walls’), de uitbesteding van de schaderegeling aan een zelfstandige daartoe bestemde onderneming, of – om de bemoeienis van de verzekeringsmaatschappij bij de schaderegeling geheel uit te sluiten – het aan verzekerde verschaffen van een vrije advocaatkeuzerecht (reeds) bij aanvang van de rechtshulpverlening. Deze derde optie vertoont gelijkenis met het vrije keuzerecht als onderwerp van dit onderzoek, maar dient daarvan duidelijk te worden onderscheiden. Bij het hier benoemde geval van vrije advocaatkeuze als operationele maatregel is namelijk sprake van een *kostenverzekering* en verleent de verzekeringsmaatschappij geen diensten, behoudens ondersteunende werkzaamheden ter zake de financiering

8. PbEG 1979, C-198, p. 2-4, artikel 5 (richtlijnvoorstel 1979), en artikel 6 richtlijnvoorstel 1982, PbEG 1982, C-78, p. 9-17.

van de declaraties van de externe gekozen rechtshulpverlener en betaling van overige juridische kosten.

Deze ruime variant van de kostenverzekering geniet en genoot in Nederland dan ook geen populariteit.<sup>9</sup> Dit heeft allicht te maken de historisch gegroeide situatie waarbij rechtsbijstandverzekeraars zich zoveel mogelijk het recht voorbehouden om pas de zaak van verzekerde over te dragen aan een door deze gekozen advocaat wanneer de mogelijkheden van *interne* dossierbehandeling bij de verzekeraar zijn uitgeput.<sup>10</sup> De Nederlandse rechtsbijstandverzekeraars zijn er aldus op ingericht om op grote schaal rechtshulp te verlenen of te doen verrichten door een door de verzekeraar vast aangesteld zelfstandig schaderegelingskantoor (artikel 4:65 lid 1 onder a en lid 2 onder a Wft en artikel 3 lid 2 onder b Richtlijn 87/344/EEG). Die praktijk strekt zich zoals reeds genoemd ook uit tot rechtshulpverlening in rechte. Deze praktijk werd tot voor kort, tot het wijzen van het arrest *Sneller* (2013) van het HvJ EU, slechts begrensd door het procesmonopolie van de advocatuur dat van kracht is in bepaalde procedures. Pas als een advocaat moest worden ingeschakeld voor de procesvertegenwoordiging in de gerechtelijke of administratieve procedure, verleenden rechtsbijstandverzekeraars verzekerden het recht van vrije advocaatkeuze.

De bijzonderheid van de voornoemde gegroeide praktijk van dienstverlening in natura laat onverlet dat artikel 4:67 Wft duidelijk beperkingen meebrengt voor het natura dienstverleningsmodel. Op het moment dat het recht op vrije advocaatkeuze geldt, moet verzekeraar de keuze van de verzekerde respecteren, met een eventueel aan de te vergoeden kosten te stellen beperking (kostenmaximum).

Het onderhavige onderzoek spitst zich hoofdzakelijk toe op het moment dat de vrije advocaatkeuze geldt en op de omvang van het keuzerecht. Derhalve komen de vragen aan de orde *wanneer* en *onder welke condities* aan een verzekerde de keuzevrijheid moet worden verleend om zijn advocaat of andere gekwalificeerde persoon te kiezen voor zijn verdere bijstand ter zake een gerechtelijke of administratieve procedure. Het centrale aspect daarbij is de discussie of het keuzerecht ook zover strekt dat de verzekeraar moet respecteren dat een verzekerde *in alle gevallen*, reeds wanneer sprake is van een (*al dan niet nog te starten*) gerechtelijke of administratieve procedure, mag opteren voor rechtshulp van een door hem gekozen rechtshulpverlener in plaats van de gebruikelijke dienstverlening door of krachtens de verzekeringsmaatschappij.

De verzekeringsvoorwaarden van rechtsbijstandverzekeraars gaan – zo blijkt – bij uitbesteding van het dossier van verzekerde uit dat altijd een *advocaat* wordt ingeschakeld.<sup>11</sup> Het spreekt daarom voor zich dat de advocatuur een groot belang heeft bij een ruime vrije advocaatkeuze. Een keuze van een wezenlijk aantal ver-

9. Van 2010 tot 2014 is een enkele – Duitse – verzekeringsmaatschappij actief geweest op de Nederlandse markt welke het model van de kostenverzekering hanteerde: ROLAND Rechtsschutz-Versicherungs-AG.

10. *Kamerstukken II* 1988/89, 21076, 3, p. 4 (MvT). Zie ook *Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, 560, naar aanleiding van het *Eschig*-arrest.

11. *Vergelijk Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, 560.

zekerden voor een advocaat verschaft de sector van de advocatuur immers een zekere bron van inkomsten. Dit geldt te meer nu de solvabele verzekeraar de advocaat een garantie verstrekt dat deze tot een bepaald kostenmaximum de nota's van de advocaat zal voldoen.<sup>12</sup> Deze gekozen advocaat ziet zich aldus 'verzekerd' van een zekere mate van inkomsten wanneer deze een rechtsbijstandverzekerde bijstaat.

De praktijk is weerbarstiger, daar een advocaat niet altijd betrokken is bij de dossierbehandeling. Zodoende concurreert de rechtsbijstandverzekeraar ook met de advocatuur. Dit geldt in de eerste plaats voor de buitengerechtelijke onderhandelingen, wanneer daar (meestal) geen advocaat aan te pas komt. Maar dit geldt ook in procedures, omdat het volgens de regels van het procesrecht niet altijd noodzakelijk is om een advocaat in te schakelen.<sup>13</sup>

Het komt daarom niet vreemd voor dat er vanuit de advocatuur kritiek kwam op het uitgebreide naturakarakter van de Nederlandse rechtsbijstandverzekering en de beperkte toepassing van de vrije advocaatkeuze. De kritiek werd verder gevoed toen het HvJ EU in het arrest inzake *Eschig* (2009) ter zake van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG tot een ruim beschermingsbereik voor verzekerden had geoordeeld.<sup>14</sup> In deze Oostenrijkse zaak overwoog het HvJ EU dat artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG ertoe strekt om de belangen van verzekerden ruim te beschermen. Spoedig daarna, op 8 maart 2011, werd door een Nederlandse rechter in een kort gedingprocedure overwogen dat het *Eschig*-arrest tot een ruimere vrije advocaatkeuzerecht leidde dan tot dan toe in de Nederlandse praktijk werd gehanteerd door rechtsbijstandverzekeraars.<sup>15</sup> Datzelfde jaar bevestigde het HvJ EU in het arrest *Stark*, wederom een Oostenrijkse zaak, zijn ruime interpretatie van het vrije advocaatkeuzerecht van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG.<sup>16</sup>

In werkelijkheid zijn de belangen van rechtsbijstandverzekeraars en advocaten niet enkel contrair. Tegelijkertijd bestaat er namelijk een wederzijdse afhankelijkheid tussen de advocatuur en rechtsbijstandverzekeraars. Het gegeven dat voor een veelheid van gerechtelijke procedures het procesmonopolie geldt, heeft rechtsbijstandverzekeraars er noodzakelijkerwijs reeds toe gebracht om uit eigen beweging de diensten van advocaten strategisch te benutten. Allereerst is er de Verordening op de praktijkuitoefening in dienstbetrekking van de Nederlandse balie (inwerkingtreding: 1997), waarmee voor rechtsbijstandverzekeraars de mogelijkheid werd

12. Zie over de rechtsverhouding tussen de verzekeraar, de advocaat en verzekerde, Holthinrichs 2015, paragraaf 27.9.4.

13. In 1989 gaf de Nederlandse regering reeds aan dat rechtsbijstandverzekeraars eerst de vrije advocaatkeuze toepasten wanneer er sprake was van het procesmonopolie of indien de vereiste juridische specialisatie ontbrak bij de verzekeraar: 'In het algemeen zal de verzekeraar eerst een advocaat of andere deskundige inschakelen indien hij bij voorbeeld op grond van het geldende procesmonopolie daartoe gedwongen is of wanneer hij binnen zijn eigen onderneming niet over de vereiste specifieke deskundigheid beschikt om zijn verzekerden op adequate wijze te kunnen bijstaan', *Kamerstukken II* 1988/89, 21076, 3, p. 4 (MvT).

14. Zie o.a. Roth 2009, p. 3-4; De Jong 2010, p. 541-542.

15. Rb. Amsterdam 8 maart 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BP7547.

16. HvJ EU 26 mei 2011, C-293/10, ECLI:EU:C:2011:355 (*Stark/D.A.S. Österreichische Allgemeine Rechtsschutzversicherung AG*).

opengesteld om zelf advocaten in loondienst te nemen.<sup>17</sup> Op grote schaal is echter vooral de figuur van de zogenoemde externe *netwerkadvoaat* ontstaan, wat inhoudt dat verzekeraars en advocaten onderling tarief- en volumeafspraken maken voor de bijstand van verzekerden in procesmonopoliezaken door deze gecontracteerde advocaat.<sup>18</sup>

Het gebruik van deze netwerkadvoaat brengt mee dat rechtsbijstandverzekeraars, ook zonder advocaten in loondienst te hoeven nemen, tegen relatief lage kosten verzekerden kunnen bijstaan in gerechtelijke procedures waarbij het procesmonopolie van toepassing is. Hoewel alsdan (ook in de oude situatie) het recht van vrije advocaatkeuze van toepassing was, omdat een advocaat moet worden ingeschakeld om verzekerde in een procedure bij te staan vanwege het genoemde procesmonopolie, zullen rechtsbijstandverzekeraars verzekerden zo mogelijk willen verwijzen naar een – voor de verzekeraar doorgaans – voordeligere netwerkadvoaat waarmee contractuele afspraken zijn gemaakt. De rechtsbijstandverzekeraar houdt zodoende de kosten beheersbaar en is niet afhankelijk van de vrijelijk door verzekerden gekozen advocaat bepaalde honoraria, die sterk kunnen variëren.

De genoemde praktijk waarbij rechtsbijstandverzekeraars contractuele afspraken maken met advocaten, als *strategische partners*, doet denken aan die van de hedendaagse zorgverzekering. Ook in die branche komt het op grote schaal voor dat verzekeringsmaatschappijen (zorg)aanbieders inschakelen om de kosten te beperken van dienstverlening. Ik zal daarop nader ingaan in paragraaf 8.7. Net als bij de rechtsbijstandverzekering worden in de zorgverzekering naar Europees recht ook grenzen gesteld aan beperking van de keuzevrijheid van verzekerden.

Er heeft evenwel nooit onduidelijkheid bestaan over de (voorheen al geldende regel) dat ter zake gerechtelijke procedures met *procesmonopolie*, wanneer verzekerde daarvoor kiest, de keuze van verzekerde voor een advocaat moet worden gevolgd.<sup>19</sup> Nieuw is echter dat rechtsbijstandverzekeraars op grond van Europese jurisprudentie sinds kort bij *iedere* gerechtelijke of administratieve procedure de vrije advocaatkeuze moeten verlenen, dus ongeacht of het procesmonopolie van de advocatuur geldt, of dat de rechtsbijstandverzekeraar zelf met eigen medewerkers of via het desbetreffende schaderegelingkantoor rechtshulp kan bieden. In de procedure *Sneller tegen DAS Nederlandse Rechtsbijstandverzekeringsmaatschappij* ('Sneller 2013') heeft het HvJ EU namelijk overwogen dat artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG zo moet worden uitgelegd dat verzekerde – uitgaande van een overigens op de polis gedekte zaak – op grond van zijn belang op rechtsbijstand ter zake een gerechtelijke of administratieve procedure recht heeft op een advocaat of andere voldoende gekwalificeerde rechtshulpverleners.<sup>20</sup> Anders en meer juridisch gesteld: het HvJ EU las

17. Verordening op de praktijkuitoefening in dienstbetrekking van 27 november 1996, *Stcrt.* 1996, 239. Van deze mogelijkheid werd aanvankelijk echter beperkt gebruikgemaakt, Gunst & Bruinsma 2002, p. 49-50.

18. Zie Eshuis, Geurts & Beenackers 2012, p. 18.

19. Vergelijk *Kamerstukken II* 1988/89, 21076, 3, p. 4 (MvT).

20. HvJ EU 7 november 2013, C-442/12, ECLI:EU:C:2013:717 (*Sneller/DAS Nederlandse Rechtsbijstand Verzekeringsmaatschappij NV*). Dat er bij de beoordeling van het recht van vrije advocaatkeuze verondersteld wordt dat er ten aanzien van het juridisch geschil van verzekerde dekking bestaat, spreekt voor zich. Dit was in deze procedure ook niet in geschil.

in artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG juist niet dat daarnaast als constitutief vereiste ook sprake moest zijn van een *verzoek* van de verzekeringsmaatschappij, namens verzekerde, aan een externe rechtshulpverlener om de processuele bijstand te verlenen. Aldus het hof is het de enkele behoefte aan processuele bijstand met betrekking tot een gerechtelijke of administratieve procedure die het recht van vrije advocaatkeuze doet intreden.

Het debat over de reikwijdte van de vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG en het equivalent in de Nederlandse wetgeving (momenteel) artikel 4:67 Wft staat centraal in mijn onderzoek. Mijn onderzoeksvraag luidt als volgt: *hoe ver strekt het recht op vrije advocaatkeuze voor rechtsbijstandverzekerden in geval van een gerechtelijke of administratieve procedure gegrond op artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG?*

Ter beantwoording van deze onderzoeksvragen heb ik een aantal deelvragen geformuleerd. In paragraaf 1.2 van dit hoofdstuk werk ik de onderzoeksvragen uit en geef ik een nadere toelichting op de onderzoeksopzet en omvang van dit onderzoek.

Naast de technisch-juridische benadering van de tekst en context van het recht op vrije advocaatkeuze zoals beschreven in artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG en de Nederlandse wet, heeft het vrije keuzerecht ook een sterke maatschappelijke connotatie. De discussie omtrent het recht van vrije advocaatkeuze dient ook te worden gezien in het licht van de sociaalmaatschappelijke functie van de rechtsbijstandverzekering. De rechtsbijstandverzekering is namelijk ingebed in het maatschappelijke domein.<sup>21</sup> In wetenschappelijke bijdragen over de vrije advocaatkeuze wordt wel eens de parallel gelegd tussen de rechtsbijstandverzekering en de van overheidswege gefinancierde rechtshulp.<sup>22</sup> Nu sprake lijkt te zijn van terugtred van de overheid in de gefinancierde rechtshulp, gezien de recentelijk bekritiseerde bezuinigingen, doet het zich extra gevoelen dat het Nederlandse stelsel van rechtsbijstandverzekeringen onder druk lijkt te staan. De keuzevrijheid moet in het licht van de recente jurisprudentie van het HvJ EU immers veel ruimer worden opgevat dan door Nederlandse rechtsbijstandverzekeraars aanvankelijk gedacht. In dat verband heeft de voormalig staatssecretaris Teeven voorafgaand aan het arrest van het HvJ EU inzake *Sneller* (2013) reeds aangekondigd een nadere regulering van de advocaattarieven te overwegen.<sup>23</sup>

Dit sociaalmaatschappelijke karakter van de rechtsbijstandverzekering verdient aandacht vanwege financiële implicaties voor rechtsbijstandverzekeringen die voortvloeien uit het arrest *Sneller* (2013). Gezien de mate waarin het Nederlandse model van oudsher op (natura)dienstverlening rust, zijn de implicaties van het arrest niet te verwaarlozen. De prangende vraag voor de toekomst is in hoeverre het Nederlandse, sterk op naturadienstverlening leunende, bedrijfsmodel van rechtsbijstandverzekeringen houdbaar blijft wanneer de ruimere keuzevrijheid van verzekerden ertoe leidt dat veel verzekerden duurdere advocaten kiezen voor

21. In 2010 is een dichtheid van 42% van de Nederlandse huishoudens gemeten die een rechtsbijstandverzekering had met een gezinspolis, zie Croes & Van Os 2012, paragraaf 6.2.

22. Schilasky 1998, p. 32-35.

23. Kamerbrief van 12 juli 2013 over de stelselvernieuwing rechtsbijstand, nr. 31753-64.

hun procesbijstand. Tegelijkertijd zullen naar verwachting door rechtsbijstandverzekeraars meer de grenzen worden opgezocht qua beperkingen van kostenvergoedingen en qua polisdekking, om daarmee de financiële gevolgen van het arrest *Sneller* in te dammen. Op dergelijke aspecten, en met name de aanpassingen op niveau van verzekeringsvoorwaarden, zal ik aan het eind van dit onderzoek ingaan, in het kader van de gevolgen van de jurisprudentie van het HvJ EU.

De nadruk van dit onderzoek ligt evenwel op de juridisch-technische aspecten van Richtlijn 87/344/EEG, hetgeen blijkt uit de nader te formuleren onderzoeksvragen.

## 1.2 Onderzoeksvragen en onderzoeksopzet

### 1.2.1 Onderzoeksvragen

Centraal in dit onderzoek staat de onderzoeksvraag naar het recht op vrije advocaatkeuze van rechtsbijstandverzekerden in geval van een gerechtelijke of administratieve procedure (artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG), welk recht voortspuit uit de Europese inspanningen tot harmonisatie van de nationale wetgevingen op het gebied van de rechtsbijstandverzekering en (daarmee) het bevorderen van de vrijheid van vestiging voor verzekeringsmaatschappijen. Mijn onderzoeksvraag luidt: *hoe ver strekt in Nederland voor rechtsbijstandverzekerden het recht op vrije advocaatkeuze in geval van een gerechtelijke of administratieve procedure dat is gegrond op artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG?*

Om deze vraag te beantwoorden, heb ik een aantal deelvragen geformuleerd:

1. *Wat is de geschiedenis en context van Richtlijn 87/344/EEG? (hoofdstukken 4-5)*
2. *Wat is de ratio van het in Richtlijn 87/344/EEG vervatte vrije advocaatkeuzeartikel artikel 4 lid 1 sub a? (hoofdstuk 6)*
3. *In hoeverre is met artikel 4:67 lid 1 onder a Wft aansluiting gezocht bij artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG (hoofdstuk 7)*
4. *Hoe worden artikel 4:67 lid 1 onder a Wft en artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG uitgelegd in de Nederlandse en Europese jurisprudentie? (hoofdstuk 8)*
5. *Hoe wordt artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG toegepast in andere EU-lidstaten: Duitsland, Frankrijk en Oostenrijk? (hoofdstuk 9)*
6. *Welke (kosten)maatregelen kunnen Nederlandse rechtsbijstandverzekeraars nemen om de kosten voor externe rechtshulpverleners gemoeid met de vrije advocaatkeuze binnen de perken te houden (hoofdstuk 10)*

Het centrale artikel van de richtlijn, artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG, valt welbeschouwd uiteen in een drietal te onderzoeken kernbegrippen. De tekst van de bepaling wordt hier herhaald met onderstreping en nummering van de drie belangrijkste passages: ‘indien (3) een advocaat of andere persoon die volgens het nationaal recht gekwalificeerd is, (1) wordt gevraagd de belangen van de verzekerde in een (2) gerechtelijke of administratieve procedure te verdedigen, te vertegenwoordigen of te behartigen, de verzekerde vrij is om deze advocaat of andere persoon te kiezen;’. Deze onderstreepte begrippen zal ik hier in volgorde van nummering alvast kort bespreken en zij komen vanaf hoofdstuk 6 herhaaldelijk aan bod.

Allereerst is een belangrijke vraag van onderzoek in hoeverre de woordcombinatie ‘wordt gevraagd’ in artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG zelfstandige betekenis heeft. Tot het wijzen van het *Sneller*-arrest door het HvJ EU in 2013, werd dit bestanddeel door Nederlandse rechtsbijstandverzekeraars aldus geïnterpreteerd dat het een opdracht (‘een verzoek’) van de rechtsbijstandverzekeraar, namens verzekerde, aan een externe rechtshulpverlener vereist.<sup>24</sup> De verzekeringsvoorwaarden van Nederlandse rechtsbijstandverzekeraars gingen derhalve uit van de uitbesteding aan een advocaat op het moment dat uitbesteding gewezen (noodzakelijk) was, bijvoorbeeld omdat het procesmonopolie noopt tot de inschakeling van een (externe) advocaat.<sup>25</sup> Tegelijkertijd kon het recht van vrije advocaatkeuze volgens Nederlandse rechtsbijstandverzekeraars dus niet door verzekerde worden afgedwongen door het zelfstandig inschakelen van een externe rechtshulpverlener, buiten rechtsbijstandverzekeraar om.

Met de uitspraak van het HvJ EU inzake *Sneller* werd de kentering voor de praktijk van Nederlandse rechtsbijstandverzekeraars definitief. Door het hof werd namelijk geoordeeld dat reeds wanneer verzekerde, bij een onder de verzekeringsvoorwaarden gedekt geschilrisico, in een gerechtelijke of administratieve procedure is betrokken, hij een beroep kan doen op het vrije advocaatkeuzerecht van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG. In dat verband speelt het volgens het HvJ EU dus geen rol of de rechtsbijstandverzekeraar – in plaats daarvan – de zaak door een eigen jurist of via het schaderegelingskantoor kan laten behandelen. Kennelijk komt volgens het HvJ EU aan het begrip ‘wordt gevraagd’ geen zelfstandige betekenis toe in die zin dat een opdracht aan een externe rechtshulpverlener wordt vereist. Het Hof Amsterdam nam daarover in 2011 in de beroepszaak voorafgaand aan het arrest van het HvJ EU evenwel nog een ander standpunt in. Hij overwoog in lijn met de Nederlandse praktijk van rechtsbijstandverzekeraars dat bij het vrije advocaatkeuzerecht van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG zelfstandig moest worden beoordeeld of, ter zake de gerechtelijke of administratieve procedure waarvoor verzekerde bijstand verlangt, door de verzekeraar wordt besloten dat een *externe* rechtshulpverlener wordt ingeschakeld.<sup>26</sup> In hoofdstuk 8 zal ik het verruimde recht van vrije advocaatkeuze conform de uitspraak van het HvJ EU inzake *Sneller* toetsen aan mijn bevindingen ter zake de wetshistorie van Richtlijn 87/344/EEG, met name in hoofdstuk 6.

Ten tweede bevat artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG het criterium van de ‘gerechtelijke of administratieve procedure’. Artikel 4 lid 1 onder sub b vermeldt daarnaast het geval van een gerezen belangenconflict, hetgeen grotendeels buiten het bestek van dit onderzoek valt.<sup>27</sup> Anders dan in de richtlijn was in de daaraan voorafgaande richtlijnvoorstellen van 1979 en 1982 niet gespecificeerd dat het vrije advocaatkeuzerecht afhankelijk was gesteld van of beperkt werd door een gerechtelijke of administratieve procedure. In de richtlijnvoorstellen daarentegen was

24. *Kamerstukken II* 1988/89, 21076, 3, p. 4 (MvT).

25. *Kamerstukken II* 1988/89, 21076, 8, p. 7 (NEV II).

26. Gerechtshof Amsterdam 26 juli 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR5339, r.o. 3.5 en 3.6.

27. Het aspect van *belangenconflicten* wordt in paragraaf 2.5 wel uitgebreid beschreven om de achtergrond en context van Richtlijn 87/344/EEG te schetsen.

het keuzerecht gekoppeld aan de noodzaak dat de belangenbehartiging van verzekerde aan een (externe) *advocaat* moest worden opgedragen: *telkens wanneer de vertegenwoordiging en de verdediging van de belangen van een voor rechtsbijstand verzekerde aan een advocaat moeten worden opgedragen*. Het onderscheid tussen de richtlijnvoorstellen en de daarop volgende richtlijn, oftewel de nadere uitwerking van de voorwaarden van het recht van vrije advocaatkeuze in de richtlijn, zal in hoofdstuk 6 nadrukkelijk aan de orde komen.

Na een bespreking van de Nederlandse jurisprudentie conform de voormalige visie op het recht van vrije advocaatkeuze en daarna de Europese jurisprudentie die tot een kentering heeft geleid, zal ik ingaan op de vragen die zijn gerezen over de omvang van het recht van vrije advocaatkeuze, hetgeen momenteel samenhangt met de vraag van uitleg van het begrip ‘administratieve procedures’. Door middel van nieuwe prejudiciële vragen is de kwestie inzake de uitleg van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG in twee rechtszaken voorgelegd aan het HvJ EU.<sup>28</sup> In essentie betreft het hier het aftasten hoe de bijzonderheden van het Nederlandse rechtstelsel zich verhouden tot artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG en het begrip ‘administratieve procedures’. Het begrip ‘gerechtelijke procedure’ is echter niet onduidelijk. Deze nieuwe rechtszaken bij het HvJ EU, waarin de uitwerking van het verruimde recht van vrije advocaatkeuze centraal staat, zijn evident het gevolg van het arrest *Sneller* van het HvJ EU. Met de verruiming van het recht van vrije advocaatkeuze kwamen tegelijkertijd de vragen naar verdere afbakening daarvan.

Ten derde bevat artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG een verwijzing naar advocaten en andere rechtshulpverleners, *andere persoon die volgens het nationaal recht gekwalificeerd is (ter zake de gerechtelijke of administratieve procedure)*. Letterlijke lezing van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG expliciteert dat het — voor de gelding van de vrije advocaatkeuze — moet gaan om een verzoek (‘wordt gevraagd’) aan een advocaat of andere persoon. Deze nadere specificering in de richtlijn is niet zonder belang. Men dient zich te realiseren dat in Nederland ten tijde van de uitvaardiging van Richtlijn 87/344/EEG nog geen advocaten werkzaam waren bij rechtsbijstandverzekeraars. Hierin kwam eerst verandering in 1997.<sup>29</sup> Anders dan nu het geval, kon het ten tijde van uitvaardiging van de richtlijn dus niet voorkomen dat een interne advocaat in die zin werd gevraagd om verzekerde bij te staan in een procedure.

Regelmatig zal in dit proefschrift worden verwezen naar het recht van vrije advocaatkeuze zoals dat voorafgaand aan Richtlijn 87/344/EEG nog was opgenomen in de richtlijnvoorstellen. In dit onderzoek zal, in lijn daarmee, telkens worden gesproken van het ‘recht van vrije advocaatkeuze’, in plaats van een recht van ‘vrije keuze van rechtshulpverlener’, wat strikt genomen correcter is. In deze richtlijnvoorstellen betrof het recht van vrije advocaatkeuze enkel nog de inschakeling van advocaten en was er derhalve sprake van een originair recht van vrije *advocaatkeuze*.

28. Hoge Raad 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2901 (*DAS Nederlandse Rechtsbijstand Verzekeringsmaatschappij*) en Gerechtshof Amsterdam 23 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5790 (*Achmea Schadeverzekeringen*).

29. Zie paragraaf 7.4.3.



Het recht van vrije advocaatkeuze markeerde in de richtlijnvoorstellen duidelijk het onderscheid tussen interne dossierbehandeling bij de verzekeringsmaatschappij of diens schaderegelingskantoor (telkens niet-advocaten) en anderzijds die bij de externe advocaat. In hoofdstuk 6 zal hoofdzakelijk worden geanalyseerd of met artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG is beoogd om met dit onderscheid te breken. In de huidige ruimere uitleg van het recht van vrije advocaatkeuze geldt dit onderscheid namelijk minder strikt, nu soms niet aan interne dossierbehandeling bij rechtsbijstandverzekeraar wordt toegekomen (wanneer verzekerde bij melding van het dossier meteen bijstand ter zake een procedure nodig heeft) en nu de interne rechtsbijstand wordt afgebroken wanneer verzekerde bij een gerechtelijke of administratieve procedure vraagt om inschakeling van een externe rechtshulpverlener in plaats van een jurist van verzekeraar.

### 1.2.2 Bronnen van onderzoek

In mijn onderzoek put ik uit diverse bronnen. Daartoe behoren historische bronnen omtrent de context waarin de richtlijnvoorstellen voor Richtlijn 87/344/EEG werden ingediend door de Europese Commissie, deze richtlijnvoorstellen zelf en gepubliceerde stukken omtrent de behandeling van de richtlijnvoorstellen binnen het Europees Parlement. Ook zullen diverse bronnen over relevante gebeurtenissen na het uitvaardigen van Richtlijn 87/344/EEG worden onderzocht in verband met onder meer de implementatie van de richtlijn in de Nederlandse wet, jurisprudentie over de vrije advocaatkeuze en ten slotte recentelijke polistechnische ontwikkelingen sinds het *Sneller*-arrest van het HvJ EU. In verband met rechtsvergelijkend onderzoek zal voorts worden geput uit literatuur omtrent de situatie van de rechtsbijstandverzekering in de diverse onderzochte landen. Daarbij zal voornamelijk worden stilgestaan bij de historische ontwikkeling van de rechtsbijstandverzekering in die landen, implementatie van Richtlijn 87/344/EEG en de problematiek die er zich omtrent het recht van vrije advocaatkeuze heeft voorgedaan.

Dit onderzoek wordt in belangrijke mate gedragen door mijn uitleg van van het recht van vrije advocaatkeuze van Richtlijn 87/344/EEG, zoals ik die aan de hand van de bevindingen in hoofdstuk 4 tot en met 6 heb vastgesteld. Zoals hiervoor vermeld, is het recht van vrije advocaatkeuze door de Nederlandse wetgever bijna een-op-een overgenomen van artikel 4 Richtlijn 87/344/EEG. Richtlijn 87/344/EEG is gebaseerd op enerzijds de richtlijnvoorstellen van de Europese Commissie van 1979 en 1982 en anderzijds het daarop volgende beraadslagingsproces dat gedurende 1982 tot en met 1987 plaatsvond binnen de Raad van de EEG.

In dit onderzoek nemen de ongepubliceerde werkdocumenten van de Raad van de EEG omtrent het beraadslagingsproces binnen de Raad van de EEG een centrale plaats in. In 1982 is door de Europese Commissie, na het Europees Parlement te hebben geraadpleegd, een tweede (aangepast) richtlijnvoorstel ter behandeling ingediend bij de Raad van de EEG. De Raad van de EEG heeft de verdere uitwerking van het richtlijnvoorstel hoofdzakelijk in behandeling gegeven van een werkgroep: de 'Groep Economische Vraagstukken'. Het proces van behandeling van deze werkgroep alsmede van overkoepelende instanties die met deze werkgroep communiceerden — een ad-hoc-raad en het Comité van Permanente Vertegenwoordi-

gers — is telkens aan de hand van uitgebreide notulen vastgelegd, hetgeen een gedetailleerde chronologische weergave geeft van de laatste fase van totstandkoming van Richtlijn 87/344/EEG. In dit verband kan ten slotte worden gewezen op de interpreterende verklaringen die in de Groep Economische Vraagstukken zijn vastgesteld, soms in samenspraak met de Europese Commissie en organen van de Raad. Deze interpreterende verklaringen zijn uiteindelijk vastgelegd in de notulen omtrent de stemming van de Raad van de EEG ter zake het definitieve ontwerp van Richtlijn 87/344/EEG en geven een toelichting omtrent de onderscheidenlijke breekpunten van de richtlijn.

Gezien het feit dat het voorbereidingsproces van de richtlijn bij de Raad vrijwel geheel achter gesloten deuren plaatsvond, bevatten deze werkdocumenten het predicaat ‘restreint’. Deze stukken zijn derhalve niet gepubliceerd in de publicatiebladen van de Europese Gemeenschappen. De toegang tot documenten van instellingen van de Europese Unie, waaronder deze werkdocumenten, is voor onderdanen van de Europese Unie echter bevorderd met Verordening EG nr. 1049/2001. Zodoende heb ik bij de Raad van de EU toegang kunnen krijgen tot deze werkdocumenten.

### 1.2.3 Rechtsvergelijking

Bij dit proefschriftonderwerp past een rechtsvergelijkend onderzoek nu de ontwikkelingen rondom en na het uitvaardigen van een Europese richtlijn centraal staan. Nederland neemt binnen de Europese lidstaten een bijzondere plek in waar het naturadienstverlening aangaat.<sup>30</sup> Daarom dient zich de vraag aan hoe andere lidstaten vorm hebben gegeven aan de dienstverlening van rechtsbijstandverzekeraar en — in het verlengde daarvan — of er in soortgelijke mate een spanningsveld is tussen naturadienstverlening en kostenvergoedingen op basis van de vrije advocaatkeuze.

Mijn keuze voor ten behoeve van rechtsvergelijking onderzochte landen kan als volgt worden toegelicht. De keuze voor Duitsland is zeer voor de hand liggend. In Richtlijn 73/239/EEG uit 1973 — de eerste richtlijn schadeverzekeringen — werd reeds ten aanzien van Bondsrepubliek Duitsland voorzien in een uitzondering, onder meer ten behoeve van haar strikte maatregel van branchescheiding ten aanzien van de rechtsbijstandverzekering. Met Richtlijn 87/344/EEG werd daarom beoogd om een compromis te bereiken, zodat deze concurrentieverstorende maatregel van Bondsrepubliek Duitsland kon worden opgeheven ter bevordering van de integratie van de Europese verzekeringsmarkt. Om de kloof tussen Bondsrepubliek Duitsland enerzijds en de overige lidstaten anderzijds te overbruggen, werden diverse maatregelen geïntroduceerd die uiteindelijk in Richtlijn 87/344/EEG zijn opgenomen. Het is daarom interessant om te onderzoeken hoe Duitsland invulling heeft gegeven aan de implementatie en uitvoering van Richtlijn 87/344/EEG.

30. RIAD, ‘The legal protection insurance market in Europe’, 2010, vindbaar via (<http://www.riad-online.eu/>), p. 15: waarbij zij opgemerkt dat aldaar nog is vermeld dat in overige civiele zaken een ieder een procespartij in rechte kan bijstaan tot € 5.000 terwijl dit inmiddels is opgehoogd tot € 25.000.

De keuze voor Oostenrijk is ook geen toevallige. De recente stroom van Europese jurisprudentie is ingeluid door twee Oostenrijkse zaken, die uiteindelijk aan het HvJ EU werden voorgelegd en uitmondde in twee arresten, in 2009 (*Eschig*) en 2011 (*Stark*). Deze beide arresten vormden de opmaat naar de Nederlandse zaak die leidde tot het arrest van het HvJ EU *Sneller* (2013). Het is daarom wenselijk om te onderzoeken welke bijzonderheden zich in Oostenrijk voordeden rondom het recht van vrije advocaatkeuze.

Ten slotte heb ik voor Frankrijk gekozen. In hoofdstuk 4 zal aan de orde komen dat tijdens de laatste fase van totstandkoming van Richtlijn 87/344/EEG – tijdens de onderhandeling van de lidstaten in de Groep Economische Vraagstukken – Frankrijk zich hard maakte voor een ruim recht op vrije advocaatkeuze. Bovendien vormt Frankrijk de bakermat van de hedendaagse rechtsbijstandverzekering.<sup>31</sup> Ten slotte zal nog blijken dat de rechtsbijstandverzekering in Frankrijk weer anders wordt bedreven dan in de andere onderzochte lidstaten, waar rechtsbijstandverzekeraars enerzijds ruime bevoegdheden hebben in de buitengerechtelijke fase en anderzijds een fijnmazig systeem van beperkende kostenmaxima wordt gehanteerd.

### 1.3 Leeswijzer bij deze dissertatie

Ten behoeve van de leesbaarheid valt dit onderzoek uiteen in een (kort) algemeen deel en een bijzonder deel. Het algemene deel biedt de introductie met een toelichting op de historie en huidige praktijk van de Nederlandse rechtsbijstandverzekering en een korte schets van de probleemstelling zoals die volgt uit de kritiek van de advocatuur. Het algemene deel bestaat uit de hoofdstukken 2 en 3. Hoofdstuk 2 beschrijft derhalve de Nederlandse praktijk rondom de rechtsbijstandverzekering en het recht van vrije advocaatkeuze. Hoofdstuk 3 vervolgt met een bespreking van de belangrijkste kritiek van de advocatuur op de Nederlandse praktijk van de rechtsbijstandverzekering en de wijze waarop uitvoering werd gegeven aan het recht van vrije advocaatkeuze.

Het bijzondere deel staat in het teken van beantwoording van de onderzoeksvragen. Het vangt aan met hoofdstuk 4, waarin ik historische context beschrijf waarin Richtlijn 87/344/EEG is ingebed. Deze context wordt gevormd door Richtlijn 73/239/EEG, de overkoepelende richtlijn inzake schadeverzekeringen, waarvan de rechtsbijstandverzekering deel uitmaakt. Vanwege het besef dat belangenconflicten bestonden in rechtsbijstandverzekeringen voorzag men nog in een uitzondering voor het toezicht van de (strengere) Bondsrepubliek Duitsland, die ter zake de rechtsbijstandverzekering nog een strikte branchescheiding hanteerde.

In hoofdstuk 5 wordt het totstandkomingsproces van Richtlijn 87/344/EEG globaal beschreven. Ter afsluiting bespreek ik de diverse beschermingsmaatregelen van de richtlijn.

In hoofdstuk 6 vervolg ik met een diepgaande analyse van het wordingsproces van het recht van vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG.

31. Holthinrichs 2015, p. 804-805.

De beschikbare eerder genoemde interpretatiebronnen omtrent het totstandkomingsproces van de richtlijn staan daarbij centraal. Deze bronnen worden ook wel de *travaux préparatoires* genoemd. Aan de hand van deze documenten zal ik een uitleg van het recht van vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG bepleiten.

Hoofdstuk 7 beschrijft de omzetting van Richtlijn 87/344/EEG in Nederlandse wetgeving. Het hoofdstuk is verder gewijd aan latere ontwikkelingen in wet- en regelgeving inzake het recht van vrije advocaatkeuze. Onder meer wordt de verhouding tussen rechtsbijstandverzekeraars en advocatuur besproken. In 1997 trad een verordening van de NOvA in werking, die rechtsbijstandverzekeraars voor het eerst toestond zelf advocaten in dienst te nemen, hetgeen de iure een verruiming betekende voor de mate waarin rechtsbijstandverzekeraars verzekerden in rechte konden bijstaan.

In hoofdstuk 8 ga ik in op de jurisprudentie rondom het recht van vrije advocaatkeuze. In chronologische volgorde beschrijf ik eerst de lijn in de rechtspraak vóór het *Sneller*-arrest uit 2013, waarbij nog uit werd gegaan van een beperkter recht van vrije advocaatkeuze. De zaken van het HvJ EU worden gedetailleerd besproken. Na bespreking van het *Sneller*-arrest reflecteer ik over de onderbouwing en gevolgen van het verruimde recht van vrije advocaatkeuze. Aan de hand van twee intermezzo's wordt de keuzevrijheid in een breder Europeesrechtelijk perspectief geplaatst, waarbij ik ten slotte bespreek of de ruime uitleg van het keuzerecht zich verdraagt met Europeesrechtelijke beginselen, namelijk het motiveringsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel. Aan het slot van dit hoofdstuk bespreek ik de meest recente rechtspraak van het HvJ EU, omtrent de uitleg van het begrip 'administratieve procedure' in artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG.

De rechtsvergelijking is besproken in hoofdstuk 9. Achtereenvolgend wordt de regelgeving rondom de operationele inrichting van rechtsbijstandverzekeraars en het recht van vrije advocaatkeuze besproken van de landen Duitsland, Oostenrijk en Frankrijk. Apart wordt stilgestaan bij de vergoeding van advocaatkosten.

Hoofdstuk 10 vormt het laatste hoofdstuk van dit onderzoek. Ik bespreek daarin de belangrijkste maatregelen die door rechtsbijstandverzekeraars worden en kunnen worden getroffen om de financiële gevolgen van de verruiming van het recht van vrije advocaatkeuze op te vangen. Daarbij hanteer ik een onderscheid tussen omzetgenererende maatregelen, kostenbeperkende maatregelen en bezuinigingsmaatregelen. Ook sta ik stil bij een eventuele toekomstige tariefregulering. Met name kijk ik naar de juridische houdbaarheid van de onderscheidenlijke maatregelen. Aan het slot van dit hoofdstuk bespreek ik de wijze waarop verzekeringnemers en verzekerden worden verplicht om de rechtsbijstandverzekeraar zo tijdig en veel mogelijk in te lichten, alsmede om mee te werken aan dossierbehandeling en inschakeling van externe rechtshulpverleners.



## Algemeen deel



## Hoofdstuk 2

# De Nederlandse praktijk van rechtsbijstand-verzekering

### 2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk geef ik in een inleidend perspectief een beschrijving van de Nederlandse praktijk van de rechtsbijstandverzekering. Ik schets hierna het karakter van de hier gegroeide wijze waarop de verzekering wordt bedreven, met als primaire prestatie de (dienst)verlening van rechtsbijstand (in natura) is. Pas daarna komt als secundaire prestatie de vergoeding van de kosten van een externe rechtshulpverlener aan de orde. Dit betreft daarom de situatie waarin de rechtsbijstandverzekeraar — al dan niet vanwege de keuze van verzekerde voor een eigen rechtshulpverlener op grond van de verzekering — niet de mogelijkheid heeft om in eigen beheer voor de rechtshulp zorg te dragen. Dit strookt met de definitie van de branche rechtsbijstandverzekering van de Wft, waarin de dienstverlening voorop is gesteld:

‘17. Rechtsbijstand:

verleende diensten en gemaakte kosten in het bijzonder met het oog op verhaal van door een verzekerde geleden schade en diens verdediging of vertegenwoordiging, zowel in als buiten rechte (met uitzondering van de werkzaamheden ter verdediging of vertegenwoordiging van een verzekerde die een verzekeraar krachtens een overeenkomst van aansprakelijkheidsverzekering mede in zijn eigen belang verricht).<sup>32</sup>

In dit hoofdstuk zet ik deze primaire naturadiensten af tegen de vergoeding van de kosten van de externe rechtshulpverlener. Ik bespreek hoe, in het licht van deze definitie, de Nederlandse vorm van rechtsbijstandverzekering gestalte heeft gekregen en wordt uitgevoerd. Bijzondere aandacht krijgt de verhouding tussen rechtsbijstandverzekeraars en advocatuur. Hier gold namelijk dat wanneer eenmaal wordt uitbesteed, dit aan advocaten geschiedt.

Hieronder zal ik beknopt de geschiedenis van de rechtsbijstandverzekering in Nederland schetsen.

### 2.2 Ontwikkeling van de rechtsbijstandverzekering van de jaren vijftig van de vorige eeuw tot op heden

De rechtsbijstandverzekering kent in Nederland nog maar een betrekkelijk korte geschiedenis. Sinds medio jaren vijftig van de vorige eeuw werden rechtsbijstandverzekeringen aangeboden, dan nog door enkele multibranche verzekeringsmaat-

---

32. Bijlage bij de Wft met de verzekeringsbranches die de wet bestrijkt.



schappijen (verzekeraars die naast rechtsbijstand andere verzekeringsbranches voeren). In de jaren zestig kwamen de eerste gespecialiseerde rechtsbijstandverzekeraars (verzekeraars die enkel rechtsbijstand verzekeren) op de markt: ARAG Algemene Rechtsbijstand Verzekeringsmaatschappij NV, DAS Nederlandse Rechtsbijstand Verzekeringsmaatschappij NV en LAR De verenigde Verzekerden NV.<sup>33</sup>

De rechtsbijstandverzekeringsbranche heeft sindsdien een grote vlucht gemaakt. Hieronder volgt ter illustratie een weergave van volumes van premie-inning, percentageel marktaandeel van respectievelijk multibranche en gespecialiseerde verzekeringsmaatschappijen en het aantal maatschappijen over de afgelopen jaren.<sup>34</sup>

Totale premie-incasso (x miljoen hfl.)	Aantal gespecialiseerde verzekeringsmaat- schappijen <sup>35</sup>	Aantal multibranche verzekeringsmaat- schappijen
1970 € 17,5 (ca.)	3	37
1980 € 84,90	3	43

Sinds 2003 laat dit het volgende beeld zien:

Totale premievolume (x miljoen euro)	Aantal gespecialiseerde verzekeringsmaat- schappijen <sup>36</sup>	Aantal multibranche verzekeringsmaat- schappijen
2003 € 375	3	87
2015 € 700 (ca.)	2	30

Uit de voornoemde cijfers volgt niet alleen een verveelvoudiging van de premieomzet binnen de branche van de rechtsbijstandverzekering, maar blijkt ook van een veel grotere prevalentie van multibranche verzekeringsmaatschappijen binnen de markt. Bijzonder is echter dat de enkele gespecialiseerde rechtsbijstandverzekeraars die actief zijn stevast een significant deel van de markt bezitten.<sup>37</sup>

33. Holthinrichs 2015, p. 805.

34. De cijfers zijn ontleend aan Werner, p. 198-199, Financieel jaarverslag verzekeringsbranche 2003 Verbond van Verzekeraars ([www.verzekeraars.nl](http://www.verzekeraars.nl)) en Verzekerd van cijfers 2014 ([www.verzekerd.nl](http://www.verzekerd.nl)).

35. ARAG Algemene Rechtsbijstand Verzekeringsmaatschappij NV, DAS Nederlandse Rechtsbijstand Verzekeringsmaatschappij NV en LAR De verenigde Verzekerden NV.

36. Tot en met 2003 waren de drie gespecialiseerde maatschappijen gevormd door: ARAG Algemene Rechtsbijstand Verzekeringsmaatschappij NV, DAS Nederlandse Rechtsbijstand Verzekeringsmaatschappij NV en LAR De verenigde Verzekerden NV. LAR De verenigde Verzekerden NV werd in 2004 overgenomen door DAS Nederlandse Rechtsbijstand Verzekeringsmaatschappij NV. Per januari 2010 had de Duitse rechtsbijstandverzekeraar ROLAND Rechtsschutz-Versicherungs-AG een bijkantoor in Nederland. ROLAND Rechtsschutz-Versicherungs-AG biedt per juli 2014 geen verzekeringen meer aan in Nederland, aldus een persbericht van AMweb van 23 september 2014 ([www.amweb.nl](http://www.amweb.nl)).

37. In 1973 een marktaandeel van circa 40%, zie Möller 1975, p. 193. In 1980 was dit 49% zoals herleid van de cijfers uit Werner 1985, p. 198-199. In 2011 bedroeg dit marktaandeel circa 42% (het vermoedelijk marginale marktaandeel van de nieuwe speler op de Nederlandse markt ROLAND Rechtsschutz-Versicherungs-AG (per 2010) daarin niet meegenomen).

Vlak na de komst van de gespecialiseerde rechtsbijstandverzekeringsmaatschappijen begin jaren zestig van de vorige eeuw creëerde een grote groep van circa 30 multibranche verzekeringsmaatschappijen een standaardpolis voor de rechtsbijstandverzekering, waarbij de schaderegeling daarvan in handen werd gegeven van een stichting, kortweg ‘Schaderegelingskantoor’ genoemd.<sup>38</sup> Dit fenomeen van het afscheiden van de rechtshulp van andere verzekeringsbranches binnen de verzekeringsonderneming was toen uniek en heeft als voorbeeld gediend voor de overeenkomstige maatregel, artikel 3 lid 2 onder b Richtlijn 87/344/EEG. Tijdens de parlementaire behandeling omtrent de implementatie van Richtlijn 87/344/EEG in 1989 merkte de Nederlandse regering op dat er in totaal acht schaderegelingskantoren actief waren op de markt, voor het merendeel gegoten in de vorm van een stichting en een enkele in een naamloze vennootschap.<sup>39</sup>

De regering tekende bovendien in 1989 op dat tot dan toe geen enkele rechtsbijstandverzekeraar had geopteerd voor het model van de kostenverzekering, zonder rechtsbijstandverlening van rechtsbijstandverzekeraar maar met van meet af aan een vrije advocaatkeuze.<sup>40</sup> Derhalve besteedden in 1989 nagenoeg *alle* multibranche verzekeringsmaatschappijen de schaderegeling uit aan een zelfstandig schaderegelingskantoor.<sup>41</sup> Ook tegenwoordig moet ervan worden uitgegaan dat alle multibranche verzekeringsmaatschappijen de schaderegeling uitbesteden aan schaderegelingskantoren, aangezien dit voor deze maatschappijen nog steeds het enige wettige alternatief voor de kostenverzekering is en deze laatste variant ook nu niet wordt gebruikt in Nederland.<sup>42</sup>

## 2.3 Het (primaire) naturakarakter van de Nederlandse rechtsbijstandverzekering en de vergoeding van advocaatkosten

### 2.3.1 De Nederlandse praktijk

Uit de ingeburgerde praktijk van het gebruik van schaderegelingskantoren blijkt reeds de dominantie van de naturaverzekering in Nederland. Ook tijdens het uitvaardigen van Richtlijn 87/344/EEG was een belangrijk kenmerk van de Nederlandse rechtsbijstandverzekeringen dat de geboden rechtshulp primair in natura wordt verstrekt. De gespecialiseerde maatschappijen (ARAG en DAS) leverden deze rechtshulp, anders dan de multibranche verzekeringsmaatschappijen, rechtstreeks met eigen medewerkers.<sup>43</sup>

38. Möller 1975, p. 190-191 en Werner 1985, p. 196.

39. Zie *Kamerstukken II* 1988/89, 21076, 6, p. 5 (MvA).

40. *Kamerstukken II* 1988/89, 21076, 3, p. 3 (MvT).

41. De Nederlandse regering merkte in het kader van implementatie van Richtlijn 87/344/EEG op dat nagenoeg alle verzekeringsmaatschappijen destijds reeds handelden naar de methodes van Richtlijn 87/344/EEG, *Kamerstukken II* 1988/89, 21076, 3, p. 5 (MvT).

42. Voor zover ik heb kunnen vinden is ROLAND Rechtsschutz-Versicherungs-AG de enige maatschappij die grootschalig een kostenverzekering in de markt heeft gezet gedurende diens commerciële activiteiten op de Nederlandse markt gedurende 2010 tot en met 2014.

43. Vergelijk de polisvoorwaarden van ARAG Algemene Rechtsbijstand Verzekeringsmaatschappij NV (ARAG), DAS Nederlandse Rechtsbijstand Verzekeringsmaatschappij NV (DAS) ten tijde van de implementatie van Richtlijn 87/344/EEG, *Kamerstukken II* 1988/89, 21076, 6, p. 14 en 16 (MvA). ARAG: ‘artikel 12 (...) 1. Rechtsbijstand wordt verleend door deskundigen in dienst van de maatschappij of door andere deskundigen indien de maatschappij dit wenselijk en/of noodzakelijk acht.’; DAS:

In de literatuur is vooral in de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw uitgebreid aandacht besteed aan de actieve wijze waarop Nederlandse rechtsbijstandverzekeraars externe advocaatkosten beperkten.<sup>44</sup> Uit de bijdragen van de diverse auteurs volgt dat rechtsbijstandverzekeraars – overeenkomstig het hiervoor geschetste beeld – dossiers (pas) uitbesteedden aan de advocatuur wanneer sprake was van het procesmonopolie, het vereiste specialisme binnen de maatschappij ontbrak of, ten slotte, indien zich belangenconflicten voordeden. Uit de schaarse cijfers over de mate van uitbestedingen uit 1990 en 2012 komt naar voren dat slechts een gering percentage van de totale omvang van dossiers bij rechtsbijstandverzekeraars wordt uitbesteed aan de advocatuur, variërend van een aandeel van minder dan 1% tot maximaal circa 8%.<sup>45</sup>

Tegen deze achtergrond is de figuur van de zogenoemde ‘netwerkadvoocaat’ ontstaan. Deze advocaat is niet in loondienst van de verzekeringsmaatschappij of het schaderegelingskantoor, maar heeft strategische contractuele afspraken met de verzekeringsmaatschappij. Deze afspraken bestaan er in de regel in dat advocaten(kantoren) hun diensten leveren tegen een gereduceerde prijs, in ruil voor een bestendige of gegarandeerde toelevering van te behandelen rechtsbijstanddossiers van de verzekeringsmaatschappij.<sup>46</sup> Volgens een schatting uit 2005 worden door grote rechtsbijstandverzekeraars gemiddeld 70% van uitbestede dossiers verstrekt aan netwerkadvocaten.<sup>47</sup> Daarbij wordt verzekerde de keuze geboden uit een selectie van netwerkadvocaten die contracten hebben gesloten met de verzekeringsmaatschappij of wordt een voorstel gedaan voor een bepaalde netwerkadvoocaat.<sup>48</sup>

Het belang van rechtsbijstandverzekeraar bij regulering van de aan externe advocaten te betalen kosten ligt in de veronderstelde hogere kostprijs ten opzichte van de interne jurist (eventueel een advocaat in loondienst) van rechtsbijstandverzekeraar of het schaderegelingskantoor. De rechtsbijstandverzekeraar verleent de juridische dienstverlening daarom bij voorkeur ‘in house’, al dan niet met gebruik van een zelfstandig schaderegelingskantoor. In een rapport van 2005 wordt dan ook het beeld geschetst van een ruime variatie in advocaattarieven, tegenover de aanzienlijk lagere gemiddelde interne kosten van rechtsbijstandverzekeraar.<sup>49</sup> Becijferd werd dat de voornoemde *netwerkadvoocaat* gemiddeld 215% kost van de kostprijs van de interne jurist (bandbreedtes van 117% tot 320%). De (vrijelijk) ge-

---

‘Artikel 9 Rechten en verplichtingen van de maatschappij met betrekking tot de behandeling van de zaak 1. De rechtsbijstand wordt door de maatschappij zelf verleend. 2. Indien afwikkeling van de zaak door of vanwege de maatschappij niet kan worden gerealiseerd, draagt de maatschappij de behandeling van de zaak over aan een externe deskundige. Indien de behandeling van de zaak wordt overgedragen aan een advocaat, zal de maatschappij daarbij een door de verzekerde kenbaar gemaakte voorkeur volgen met dien verstande, dat in zaken, die dienen voor een buitenlands gerecht de in te schakelen advocaat bevoegd moet zijn voor dat gerecht op te treden.’

44. Zie in kritische zin Bruin 1984, p. 192; Blankenburg & Klijn 1990, p. 578; Timman 1990, p. 210-211. In meer positieve zin Vos 1984, p. 365; Bouman 1984, p. 355 e.v.

45. Gedestilleerd van de cijfers en percentages door in Blankenburg & Klijn 1990, p. 578 en Eshuis, Geurts & Beenackers 2012, p. 18.

46. Baarsma & Felsö 2005, p. 58.

47. Idem Baarsma & Felsö, p. 58.

48. Eshuis, Dalm & De Jong 2014, p. 31.

49. Baarsma & Felsö 2005, p. 82.

kozen *advocaat* kost volgens dezelfde cijfers gemiddeld 400% ten opzichte van de interne jurist (bandbreedtes van 200% tot 1018%).

### 2.3.2 De verzekeraarbaarheid van advocaatkosten politiek onder de aandacht

De verzekeraarbaarheid van de externe advocaatkosten is naar aanleiding van de Europese procedures inzake het recht van vrije advocaatkeuze ook politiek onder de aandacht gekomen. Bij gebreke van concrete, concurrentiegevoelige, informatie over de stijgende kostenlast ten gevolge van de ontwikkelingen is het lastig om een transparant beeld te krijgen van de omvang van het probleem.

Advocaat-Generaal Spier heeft in het licht van cassatieprocedures inzake de vrije advocaatkeuze van artikel 4:67 Wft en artikel 4 Richtlijn 87/344/EEG herhaaldelijk gewezen op het belang van het door middel van objectief betrouwbare gegevens inzichtelijk maken van de mate waarin de (toegenomen) uitbestedingen aan advocaten drukken op het systeem van (betaalbare) natura rechtshulpverlening onder de rechtsbijstandverzekering, tegen betaalbare premies.<sup>50</sup> In de procedures voor de nationale rechter waarin het vrije advocaatkeuzerecht in geschil was, zijn slechts zeer spaarzaam cijfers over het recht van vrije advocaatkeuze genoemd en overigens niet onderbouwd. Daarnaast is door een enkele rechtsbijstandverzekeraar in een gerechtelijke procedure in zijn algemeenheid gewezen op de extra financiële lasten gemoeid met de BTW die over declaraties van advocaten moet worden betaald.<sup>51</sup>

Tegelijkertijd zal het, ondanks het ontbreken van concrete cijfers, niet verbazen dat een ruimere vrije advocaatkeuze, waarbij verzekerden zich tot een (soms ook bovengemiddeld prijzige) advocaat kunnen wenden, significante gevolgen kan hebben op de kostenlast, en in het verlengde daarvan op de hoogte van de premies van de rechtsbijstandverzekeringen. Signalen van de huidige maatschappelijke en juridische discussie over de inrichting van het systeem en focus op rechtshulp in natura hebben daarom inmiddels ook de politiek bereikt.

Wellicht dat daartoe heeft meegeholpen dat de Hoge Raad het maatschappelijk belang van de rechtsbijstandverzekering heeft onderstreept.<sup>52</sup> Onlangs werd de rechtsbijstandverzekering dan ook in een adem genoemd met de gefinancierde rechtsbijstand. Bij brief van 12 juli 2013 heeft de toenmalige Staatssecretaris van Justitie Teeven de Tweede Kamer geïnformeerd over beleidsvoornemens om de kosten gemoeid met het stelsel van de gesubsidieerde rechtsbijstand terug te dringen met een elftal maatregelen.<sup>53</sup> Daarbij anticipeerde hij eveneens op toekomstige ontwikkelingen ter zake de rechtsbijstandverzekering in verband met de destijds aanhangige procedure van het HvJ EU inzake Sneller (2013). Daarbij zinspeelde de

50. Zie Conclusie van 3 januari 2014 inzake *HR Sneller/DAS*, ECLI:NL:PHR:2014:63, en Conclusie van 26 juli 2016 inzake *Massari/DAS*, ECLI:NL:PHR:2016:862.

51. Conclusie van 26 juli 2016 inzake *Massari/DAS*, ECLI:NL:PHR:2016:862, r.o. 6.2.5, waarbij er waarschijnlijk van uit moet worden gegaan dat bedoeld is dat rechtsbijstandverzekeraars bij vergoeding van declaraties van externe rechtshulpverleners BTW moeten betalen die zij niet kunnen verrekenen.

52. Vergelijk HR 28 september 2012, NJ 2012, 567, r.o. 3.8 (*Sneller/DAS*).

53. *Kamerstukken II* 2012/13, 31753, 64, brief aan de Tweede Kamer, opgevolgd door een brief van 18 februari 2014, *Kamerstukken II* 2013/14, 31753, 70.

toenmalig staatssecretaris op een tariefregulering om eventuele premiestijgingen ten gevolge van een verruiming van de vrije advocaatkeuze op te vangen.

Daaropvolgend is in het kader van de gefinancierde rechtsbijstand een onderzoek gestart naar de mogelijkheden en effecten van tariefregulering. Tijdens de begrotingsbehandeling (Veiligheid en Justitie) van 2015 in de Eerste Kamer is door het Kamerlid Scholten een motie ingediend omtrent de gestegen kosten van de gesubsidieerde rechtsbijstand, naar aanleiding waarvan de Commissie Wolfsen is ingesteld met als doel onderzoek te doen naar de oorzaken van kostenstijgingen binnen de gefinancierde rechtsbijstand alsmede aanbevelingen op te stellen voor stelselvernieuwing.<sup>54</sup> Dit gaf de basis voor een onderzoeksrapport naar de voor- en nadelen van een mogelijke tariefregulering in de advocatuur.<sup>55</sup> Onderdeel van dit rapport en de vraagstelling is de analyse van een tariefregulering ten behoeve van de rechtsbijstandverzekering, in het bijzonder ten gunste van het opvangen van een verruiming van het recht van vrije advocaatkeuze.

Voornoemd onderzoeksrapport bevat in zijn algemeenheid een ambigue conclusie omtrent de wenselijkheid van een tariefregulering in het Nederlandse bestel. Aan de hand van een casestudy met onder meer vergelijkend onderzoek met Zweden en Duitsland wordt geconcludeerd dat het lastig is om de kenmerken van de historisch gegroeide stelsels van deze onderzochte landen toe te passen in het Nederlandse stelsel. De onderzoekers concludeerden dat tariefregulering niet zonder meer leidt tot een verlaging van de kosten van rechtshulp van advocaten.<sup>56</sup>

Ten aanzien van de verzekeraarbaarheid van rechtshulp en tariefregulering, hebben de onderzoekers een afzonderlijke conclusie gegeven. Zij concludeerden enerzijds dat Nederlandse rechtsbijstandverzekeraars de rechtshulp van (externe) advocaten over het algemeen gemakkelijk kunnen verzekeren, omdat de advocaatkosten goed in te schatten zijn. Ter zake de vrije advocaatkeuze stelden de onderzoekers echter dat een tariefregulering behulpzaam kan zijn, nu daarbij vooraf door de verzekeringsmaatschappij geen prijsafspraken kunnen worden gemaakt zoals bij de netwerkadvocaat. Hier werd daarom een algemene voorzet gegeven voor een eventuele toekomstige tariefregulering.

Het arrest *Sneller* van het HvJ EU heeft inmiddels derhalve ook de politiek bewust gemaakt van het belang van het beteugelen van de stijgende kostenlast onder de rechtsbijstandverzekering, vanwege de verruiming van het recht van vrije advocaatkeuze en de lastig voorspelbare advocatentarieven. De komende tijd zal moeten worden afgewacht of ingrijpen door de politiek noodzakelijk en wenselijk is en of, wanneer dit gebeurt, een tariefregulering voor de hand ligt.

---

54. *Kamerstukken I* 2014/15, 34000 VI, O.

55. Winter e.a. 2015.

56. Winter e.a. 2015, p. 89.

## 2.4 Conclusie

Uit de in dit hoofdstuk gegeven weergave van de praktijk van de rechtsbijstandverzekering in de Nederlandse markt volgt dat Nederlandse rechtsbijstandverzekeraars zich hebben bekwaamd in de rechtshulpverlening in natura (in een rechtsbijstand gespecialiseerde maatschappij of via uitbesteding aan een vast schaderegelingskantoor). De schaars beschikbare cijfers duiden erop dat slechts een klein percentage zaken aan de advocatuur wordt uitbesteed. Een uitbesteding was aanvankelijk slechts aan de orde wanneer het procesmonopolie van toepassing was, wanneer de verzekeringsmaatschappij niet beschikte over personeel met het vereiste specialisme of indien er sprake was van een belangenconflict. Deze historisch gegroeide praktijk is echter verdergaand ingedamd met de verruiming van het recht van vrije advocaatkeuze sinds het *Sneller*-arrest van het HvJ EU.

Daarnaast houden rechtsbijstandverzekeraars door middel van tarief- en afzetafspraken met zogenoemde ‘netwerkadvocaten’ grip op de (externe) kosten. Het betreft hierbij samenwerkingsafspraken ten behoeve van rechtsbijstandverlening aan verzekerden tegen een relatief lage kostprijs. Door middel van deze netwerkadvocaten worden de externe kosten voor de rechtsbijstandverzekeraar beheersbaar en beter te voorspellen. Als de uitbesteding van een dossier van een verzekerde aan de orde is, geschiedt dit – wanneer verzekerde daarmee akkoord is – veelal aan een netwerkadvoocaat.

Naar aanleiding van het *Sneller*-arrest is het probleem van de beheersbaarheid van advocaatkosten ook politiek op de agenda gekomen. In verband met een onderzoek naar de mogelijkheden en beperkingen van tariefregulering ten behoeve van de gefinancierde rechtsbijstand is ook gekeken naar de verzekeraarbaarheid van advocaatkosten. In dit onderzoek isesignaleerd dat tariefregulering voor de rechtsbijstandverzekering behulpzaam kan zijn voor zover gebruik wordt gemaakt van de vrije advocaatkeuze, vanwege de onvoorspelbare advocatentarieven.



## Hoofdstuk 3

# Afbakening van het onderzoek

### 3.1 Inleiding

Na in het vorige hoofdstuk de Nederlandse praktijk rondom de rechtsbijstandverzekering te hebben beschreven, ga ik in het navolgende in op de kritiek die de advocatuur heeft uitgeoefend op de wijze waarop rechtsbijstandverzekeraars het primaat houden op de rechtshulpverlening. De discussie daaromtrent scharniert in overwegende mate om het moment waarop de vrije advocaatkeuze wordt verleend. Om de probleemstelling van dit onderzoek te schetsen, bespreek ik in dit hoofdstuk de kenbare stellingname van de advocatuur ten aanzien van de operationele inrichting van de schaderegeling van rechtsbijstandverzekeraars en de toepassing van het recht van vrije advocaatkeuze.

Ik schets hierna de kritiek die vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw vanuit de advocatuur werd uitgesproken. De kritiek is verweven met het fenomeen belangenconflicten dat mede onderwerp werd van Richtlijn 87/344/EEG. Op het probleem van belangenconflicten ga ik in hoofdstuk 4 dieper in. Ik bespreek hier de stellingname van de internationale brancheorganisatie van de advocatuur, die werd vastgelegd onder de naam 'Resolutie van Parijs'. Op deze kritische stellingname is bij de totstandkoming van Richtlijn 87/344/EEG zonder twijfel acht geslagen. De standpunten van de advocatuur raken namelijk aan het probleem van belangenconflicten, de operationele inrichting van de schaderegeling van rechtsbijstandverzekeraar en de toepassing van het recht van vrije advocaatkeuze. De onderstaande weergave van de standpunten vanuit de (internationale) advocatuur biedt daarom een goed inzicht in de destijds bestaande knelpunten van de rechtsbijstandverzekering. Deze bespreking biedt bovendien de opmaat naar het bijzonder deel van deze dissertatie, waarin de onderzoeksvragen worden beantwoord.

### 3.2 Resolutie van Parijs 16 maart 1974<sup>57</sup>

De stellingname van de advocatuur bespreek ik hierna aan de hand van een belangrijke resolutie van deze brancheorganisatie ten aanzien van de rechtsbijstandverzekering: de Resolutie van Parijs van 16 maart 1974. De resolutie kwam tot stand onder verantwoordelijkheid van de Europese brancheorganisatie van de advocatuur: de Commission Consultative des Barreaux de la Communauté Européenne (CCBE). Bij de bespreking van de vier standpunten van deze brancheorganisatie betrek ik zienswijzen van een aantal juridische auteurs, waarvan enkelen tevens advocaat zijn. Het verdient vermelding dat de CCBE niet (kenbaar) als adviesorgaan is gehoord

---

57. Ik put voor de beschrijving van de aanbevelingen hoofdzakelijk uit Möller 1975, p. 93 e.v.



tijdens het totstandkomingsproces van de nader te bespreken Richtlijn 87/344/EEG.<sup>58</sup> Desalniettemin schetst de stellingname van de advocatuur de contouren van het toenmalige debat over het recht van vrije advocaatkeuze.

In de Resolutie van Parijs van 16 maart 1974 heeft de CCBE een viertal stellingen met betrekking tot de rechtsbijstandverzekering. Per stelling geef ik hieronder een toelichting.

### 1. Vrije keuze van advocaat

Het recht van vrije advocaatkeuze betrof destijds een keuzerecht van een verzekerde dat gold wanneer tussen verzekerde en verzekeraar eerst de beslissing was gemaakt dat het dossier van verzekerde voortaan door een advocaat wordt behandeld. De brancheorganisatie bepleitte dat de rechtsbijstand door een advocaat moet worden verstrekt. Ik zal hierna bij de vierde stelling nader toelichten dat de Europese advocatuur een algeheel verbod op rechtsbijstandverlening van rechtsbijstandverzekeraar voorstond. Bij deze stelling ging de brancheorganisatie echter uit van het bestaande recht van vrije advocaatkeuze en *het moment* waarop een dergelijke keuze voor een externe advocaat plaats dient te hebben. Dat verzekerde ook steeds een eigen advocaat koos, was niet een gegeven: hij kon deze keuze aan verzekeraar laten of er kon destijds zelfs geen recht van vrije advocaatkeuze in de verzekeringsvoorwaarden zijn opgenomen. De CCBE bepleitte echter dat, wanneer een advocaat werd gekozen, dit steeds door verzekerde gedaan moest worden.

Voorafgaand aan de indiening van het voorstel voor Richtlijn 87/344/EEG was de vrije advocaatkeuze bij multibranche verzekeringsmaatschappijen eerder uitzondering dan regel.<sup>59</sup> Door de CCBE werd deze praktijk bekritiseerd. Aldus de brancheorganisatie diende steeds een vrije advocaatkeuze te gelden. In de eerste plaats werd daarbij gewezen op de onderlinge vertrouwensrelatie, die volgens de CCBE meebrengt dat verzekerde (de cliënt) in vrijheid zijn belangenbehartiger moet kunnen kiezen.

Het standpunt van de advocatuur werd helder omschreven in een betoog van een Hamburgse advocaat, Brangsch, in een rapport ter gelegenheid van het Congres van de Internationale Unie van Advocaten te Milaan van 8 tot 12 september 1968. Daarin trok hij de parallel met de ziektekostenverzekering.<sup>60</sup> Aldus Brangsch was het vanzelfsprekend dat, net als (destijds) bij de ziektekostenverzekering, een verzekerde geheel vrij diende te zijn in diens keuze van (rechts)hulpverlener alsmede dat de verzekeraar, als financier van de advocaatkosten, geen enkele bemoeienis diende te hebben met deze keuze, noch wat betreft de persoon van de (rechts)hulpverlener noch wat betreft de hoogte van diens honorarium.<sup>61</sup>

58. Bruin 1982, p. 231.

59. Verslag van de Juridische Commissie van het Europees Parlement 1981, p. 33.

60. Aldus aangehaald in door G. Levie in Möller 1975, p. 94; het citaat is afkomstig uit het rapport van H. Brangsch, *Rapport Général*, rapport ter gelegenheid van de conferentie van Milaan van 8 tot en met 12 september 1968 met betrekking tot het thema van de rechtsbijstandverzekering, p. 41.

61. In paragraaf 8.7.3 zal ik ook de vergelijking met de hedendaagse Nederlandse zorgverzekering maken om het recht van vrije advocaatkeuze in perspectief te plaatsen.

## 2. Onafhankelijkheid van de advocaat in de behandeling van de zaak

Een tweede aanbeveling betrof de onafhankelijkheid van de advocaat. Vanuit de advocatuur werd betoogd dat de advocaat volledig onafhankelijk moest kunnen opereren en daarmee vrij de koers van het dossier van verzekerde moest kunnen bepalen.<sup>62</sup> Daarom is het volgens de CCBE niet wenselijk dat de rechtsbijstandverzekeraar invloed zou uitoefenen op de advocaat, om die vervolgens te sturen. De advocatuur onderstreepte derhalve de rol van de advocaat als volledig onafhankelijke rechtshulpverlener.

## 3. Specialisatie van de rechtsbijstandverzekeraars althans het treffen van gepaste maatregelen om belangenconflicten te voorkomen

In paragraaf 2.2 kwam ten aanzien van de Nederlandse markt van rechtsbijstandverzekering reeds aan bod dat deze is onderverdeeld in gespecialiseerde en multi-branche (rechtsbijstand)verzekeraars. De eerstgenoemde houden zich enkel bezig met het verzekeren van rechtsbijstand, terwijl de laatstgenoemde zich in verschillende branches begeeft, waaronder die van rechtsbijstand. De CCBE gaf de voorkeur aan exclusiviteit en voorzag kruisbesmetting. De gedachte van de brancheorganisatie daarbij was het probleem van belangenconflicten in de rechtsbijstandverzekering, dat in paragraaf 4.5 uitgebreid wordt besproken.

Vooruitlopend op hetgeen ik in het volgende hoofdstuk bespreek, noem ik vast dat de gedachte achter specialisatie van de rechtsbijstandverzekering — in het belang van voorkoming van belangenconflicten — erop neer komt dat verzekerde moet worden beschermd tegen een multibranche verzekeraar die enerzijds belangenbehartiger van de rechtsbijstandverzekerde is en tegelijkertijd bijzondere eigen financiële belangen heeft ter zake andere verzekeringsbranches. De tegenpartij van rechtsbijstandverzekerde kan namelijk een belang hebben bij een andere (meestal andersoortige) verzekering die bij verzekeraar loopt. Nu verzekeraar alsdan tegelijkertijd het belang van rechtsbijstandverzekerde als dat van diens tegenpartij moet dienen, ligt het gevaar van belangenconflicten op de loer.

Verplichte specialisatie biedt ter voorkoming van dergelijke belangenconflicten ogenschijnlijk de beste bescherming maar is tegelijkertijd een verstrekkende maatregel, aangezien het ingrijpt op de ondernemingsvrijheid. Dit realiseerde de CCBE zich klaarblijkelijk. Zodoende stond de advocatuur ook het treffen van alternatieve maatregelen ter voorkoming van belangenconflicten voor. Ook in Richtlijn 87/344/EEG en de voorafgaande richtlijnvoorstellen ligt de focus op alternatieve maatregelen (zie hierna in hoofdstuk 5).

Onder de maatregelen die de CCBE voor ogen had viel die van de inschakeling van *verschillende* advocaten in het geval dat een verzekerde in een geschil onder zijn aansprakelijkheidsverzekering enerzijds bijstand behoeft tegen een claim van zijn wederpartij en tegelijkertijd, onder zijn rechtsbijstandverzekering, schade wil ver-

62. G. Levie in Möller 1975, p. 94. Zie ook Bruin 1982, p. 210, met betrekking tot Nederland.

halen op deze wederpartij. De CCBE bepleitte hier dat twee verschillende advocaten dienen worden ingeschakeld, omdat de belangen van verzekeraar onder de rechtsbijstandverzekering en aansprakelijkheidsverzekering, soms zelfs verenigd in één maatschappij, niet parallel lopen.<sup>63</sup> De premisse is hier dat de positie van verzekerde wordt benadeeld door een advocaat, die tegelijkertijd onder de rechtsbijstandverzekering en aansprakelijkheidsverzekering optreedt voor verzekerde, waarbij alsdan dus het gevaar op de loer ligt dat deze een conflict van belangen krijgt of onwenselijk informatie met verzekeraar deelt die weer tegen verzekerde kan worden gebruikt.

In opvolgende resoluties zijn aanvullende standpunten ingenomen. Ik wijs bijvoorbeeld op de resolutie van 21 november 1975 te Dublin, waarin werd gepleit voor een verbod op dubbele activiteiten van directeuren en stafleden van rechtsbijstandverzekeraars die deel uitmaken van een financiële groep.<sup>64</sup> Ook kan hier worden gewezen op een resolutie van de Union Internationale des Advocats van september 1977, waar de aanbeveling werd gedaan jegens rechtsbijstandverzekeraars een verbod op te nemen om de branche 'Wettelijke Aansprakelijkheid' te voeren.<sup>65</sup> Deze aanbeveling ging dus verder dan die van de CCBE, die tenminste gepaste maatregelen verlangde ter voorkoming van belangenconflicten. De CCBE stelde echter nog een vierde maatregel voor, welke nog verdergaande gevolgen had voor de rechtsbijstandverzekeraar.

#### 4. Verbod voor rechtsbijstandverzekeraars om juridische diensten te verlenen aan verzekerden

Deze beoogde verbodsbepaling is ontegenzeggelijk de meest verstreckende aanbeveling. Een dergelijk verbod op rechtshulpverlening betekent simpelweg dat rechtsbijstandverzekeraar zich niet meer met rechtshulpverlening mag bemoeien, zodat hij voortaan kostenverzekeraar is. Onderkend werd dat een dergelijk verbod zich lastig verdraagt met de aard van de rechtsbijstandverzekering (het leveren van een dekking voor juridische bijstand).<sup>66</sup>

Ter onderbouwing van deze aanbeveling werd vanuit de advocatuur gesteld dat het onverantwoord is dat de rechtsbijstandverzekeraar zelf rechtsbijstand verleent, gezien de contraire belangen van de rechtsbijstandverzekeraar en verzekerde.<sup>67</sup> Meer in het bijzonder gaat het om het belang van de rechtsbijstandverzekeraar om zo min mogelijk kosten te maken ter zake de behandeling van het dossier van een

63. Zie Möller 1975, p. 95. Telkens is daarbij de gedachte dat bepaalde (suggestieve) dossierinformatie die de advocaat onder zich krijgt in de andere branche, aldus hetzij de aansprakelijkheidsverzekering hetzij de rechtsbijstandverzekering tegen verzekerde kan worden gebruikt. Te denken valt bijvoorbeeld aan bepaalde (al dan niet onjuiste) informatie over het gedrag van verzekerde in de aansprakelijkheidskwestie, die vervolgens in de rechtsbijstandverzekering aanleiding kan zijn om een negatief dekkingsstandpunt in te nemen (bijvoorbeeld rijden onder invloed).

64. Zie Bruin 1982, p. 231.

65. Idem.

66. Zie Möller 1975, p. 95; Bruin 1982, p. 232. De laatstgenoemde auteur wijst ook op de bijzonderheden van het Nederlandse model van de rechtsbijstandverzekering destijds en het gebruik van schaderegelingskantoren. Aldus, zo stelt de auteur, schiet de aanbeveling in zoverre haar doel voorbij.

67. Möller 1975, p. 94. Zie ook J. van den Heuvel in Cousy & Claassens 1983, p. 188.

verzekerde: de premies zijn immers reeds (vooruit)betaald en verzekeraar krijgt niet meer inkomsten door rechtsbijstandverlening.

Het verbod op rechtsbijstand voor de rechtsbijstandverzekeraar is ook anderszins beargumenteerd door de advocatuur. Ook werd namelijk gewezen op de onwenselijkheid van de situatie waarin de rechtsbijstandverzekeraar de behandeling van een dossier aanvangt, terwijl de advocaat vervolgens dit al bewerkte dossier overneemt, waardoor deze zich soms geconfronteerd ziet met een voldongen feit. Aldus werd er hier voor gepleit om de advocaat de totale en exclusieve verantwoordelijkheid voor rechtsbijstanddossiers te geven.

### 3.3 **Verbod op rechtsbijstandverlening voor de rechtsbijstandverzekeraar versus optionele model van kostenverzekering in Richtlijn 87/344/EEG**

Uit de hiervoor genoemde vier aanbevelingen van de Resolutie van Parijs kan worden afgeleid welk model van rechtsbijstandverzekering de advocatuur destijds voor ogen had. Dit is het model van de kostenverzekering waarin de advocaat verantwoordelijk is voor dossierbehandeling en rechtsbijstandverzekeraar strikt als financier optreedt. Dit model stond diametraal tegenover het model van de natura-verzekering dat tot op heden predominant is in Nederland.

De Europese wetgever heeft een verbod op verlening van rechtsbijstand door de rechtsbijstandverzekeraar niet verkozen. Het model van de kostenverzekering komt in Richtlijn 87/344/EEG wel voor, zij het als optionele variant. De keuze voor dit model is gelaten aan de lidstaat of, bij gebreke van diens keuze, de rechtsbijstandverzekeraar.

Artikel 3 lid 2 Richtlijn 87/344/EEG bepaalt:

‘2. Elke Lid-Staat doet het nodige om ervoor te zorgen dat de op zijn grondgebied gevestigde ondernemingen, overeenkomstig de door de Lid-Staat gemaakte keuze, of naar eigen keuze indien de Lid-Staat zulks toestaat, ten minste een van de volgende alternatieve oplossingen aannemen:

a) de onderneming draagt er zorg voor dat geen enkel lid van het personeel dat zich bezighoudt met de rechtsbijstandschaderegeling of met het geven van juridische adviezen met betrekking tot deze regeling, terzelfder tijd een soortgelijke werkzaamheid uitoefent:

- voor een door dezelfde onderneming beoefende andere branche, indien het om een meerbrancheonderneming gaat,
- in een andere onderneming die met de eerste onderneming financiële, commerciële of administratieve banden heeft en die één of meer andere branches van Richtlijn 73/239/EEG uitoefent, ongeacht of het om een meerbranche- dan wel een gespecialiseerde onderneming gaat;

b) de onderneming vertrouwt de schaderegeling van de branche rechtsbijstand toe aan een juridisch zelfstandige onderneming. Deze onderneming wordt vermeld in de afzonderlijke overeenkomst of het afzonderlijke hoofdstuk bedoeld in lid 1. Wanneer deze juridisch zelfstandige onderneming banden heeft met een onderneming die één of meer andere branches genoemd onder A van de bijlage van Richtlijn 73/239/EEG beoefent, mogen de medewerkers van deze onderneming die zich bezig houden met de regeling van schadegevallen of met het geven van juridische adviezen betreffende de regeling van schadegevallen, niet terzelfder tijd voor de andere onderneming dezelfde of een soortgelijke werkzaamheid uitoefenen. De Lid-Staten kunnen voorts dezelfde beperking opleggen aan de leden van het leidinggevend orgaan;

c) de onderneming neemt in de overeenkomst de bepaling op dat de verzekerde, zodra hij uit hoofde van de polis het recht heeft het optreden van de verzekeraar te eisen, de behartiging van zijn belangen mag toevertrouwen aan een advocaat van zijn keuze of, voor zover het nationale recht zulks toestaat, een ander gekwalificeerd persoon.'

De richtlijn voorziet in artikel 3 lid 2 onder a en b Richtlijn 87/344/EEG in twee met waarborgen omgeven modellen van natura-dienstverlening. In variant sub a betreft het *rechtstreekse* dienstverlening in natura van de verzekering binnen de maatschappij van de verzekeraar. Bij variant sub b is sprake van een *indirecte* rechtsbijstandverlening in natura, via een kantoor dat structureel belast is met de schaderegeling van dossiers van verzekeraar ('schaderegelingskantoor').

De rechtshulpverlening onder de rechtsbijstandverzekering is echter wel in een zekere mate geclausuleerd in Richtlijn 87/344/EEG. In tegenstelling tot een algeheel verbod op rechtshulpverlening is er sprake van een dwingend voorgeschreven recht van vrije advocaatkeuze dat ingrijpt op de dienstverlening van rechtsbijstandverzekeraar. Het betreft de gevallen genoemd in artikel 4 lid 1 Richtlijn 87/344/EEG, namelijk (a) als een advocaat of andere gekwalificeerde persoon wordt gevraagd voor verzekerde op te treden in een gerechtelijke of administratieve procedure en (b) in een geval van een belangenconflict tussen verzekerde en verzekeraar. Het is hier van belang dat buiten het geval dat zich een belangenconflict voordoet geen recht op vrije advocaatkeuze bestaat in de preprocesuele fase.

Resumerend kan dus worden onderscheiden naar de in de richtlijn opgenomen *optionele ruime variant* van de vrije advocaatkeuze als modaliteit van schaderegeling, door de CCBE bepleit als een verplichting, en de *verplichte beperkte variant* van de vrije advocaatkeuze, welke de richtlijn dwingendrechtelijk voorschrijft als minimum van het te respecteren recht van vrije advocaatkeuze. Richtlijn 87/344/EEG bevat hier dus een vorm van minimumharmonisatie.

Gezien de divergerende belangen van de advocatuur enerzijds en rechtsbijstandverzekeraars anderzijds verbaast het niet dat CCBE een wezenlijk terughoudendere rol van rechtsbijstandverzekeraars voor zich zag. In de Resolutie van Parijs wordt uitgegaan van de predominante rol van de advocaat. De contouren die worden

geschetst in de Resolutie van Parijs komen evenwel overeen met het Duitse model van de rechtsbijstandverzekering, dat in hoofdstuk 9 nader wordt besproken.

Uit de opzet en inhoud van Richtlijn 87/344/EEG blijkt derhalve dat de Europese Gemeenschap heeft gekozen voor een meer genuanceerde opstelling ten opzichte van de dienstverlening van de rechtsbijstandverzekeraar. Daaraan ligt vanzelfsprekend mede ten grondslag dat een rigoureuze wijziging van de rechtsbijstandverzekering de externe advocaatkosten van rechtsbijstandverzekeraar, en in het verlengde daarvan de premies, opdrijft (ik bespreek de standpunten ter zake van de lidstaten ten tijde van totstandkoming van de richtlijn in paragraaf 6.4). In de richtlijn bestaat derhalve variatie in beschikbare modellen van rechtsbijstandverzekering, met als twee uitersten de kostenverzekering en de rechtstreekse dienstverlening door verzekeraar. Ten slotte dient er nog op te worden gewezen dat de richtlijn rekening houdt met de inschakeling van verschillende soorten (externe) juridische dienstverleners, dus zowel advocaten als andere rechtshulpverleners die opereren in de markt.

### 3.4 Conclusie

Binnen de advocatuur heerste blijkens de opstelling van de CCBE een duidelijke opvatting over de ideale vorm van de rechtsbijstandverzekering. Daarin speelt de advocaat een centrale rol en is de rechtsbijstandverzekeraar slechts financier van de externe kosten.

De CCBE nam in de Resolutie van Parijs scherp stelling in, in de zin dat de rechtsbijstandverzekeraar zich volgens de brancheorganisatie diende te onthouden van rechtshulpverlening. De geschetste rol van de rechtsbijstandverzekeraar staat in schril contrast met de hiervoor beschreven bestendige praktijk van Nederlandse rechtsbijstandverzekeraars met een focus op rechtsbijstand in natura, door de verzekeringsmaatschappij zelf of via een zelfstandig schaderegelingskantoor. Bezien vanuit de Resolutie van Parijs wordt daarmee niet voldaan aan de wens van de advocatuur tot onafhankelijke rechtshulp. Ook sprak de CCBE zich uit over de situatie waarin de advocaat op enig moment een reeds door een jurist van rechtsbijstandverzekeraar of het schaderegelingskantoor bewerkt dossier van verzekerde onder zich krijgt, met de gestelde gevolgen van dien.

In het vervolg van dit onderzoek zal de keuze van de Europese regelgever nader worden uitgediept. In Richtlijn 87/344/EEG is het model van de kostenverzekering opgenomen, echter niet als verplicht model maar als facultatieve mogelijkheid van schaderegeling, zulks ter keuze van de lidstaten of rechtsbijstandverzekeraar. Richtlijn 87/344/EEG staat in het teken van het voorkomen en tegengaan van belangenconflicten en bevat de maatregelen om dat doel te bereiken. Rechtsbijstandverzekeraars mogen de rechtshulp zelf ter hand nemen, mits dat conform de voorgeschreven waarborgen geschiedt.



## **Bijzonder deel**





## Hoofdstuk 4

# Eerste richtlijn schadeverzekeringen (Richtlijn 73/239/EEG) en het probleem van belangenconflicten in de rechtsbijstandverzekering

### 4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk volgt een beschouwing van de historische achtergrond van Richtlijn 87/344/EEG en de rechtspolitieke ontwikkelingen die voorafgingen aan de harmonisatie van nationale wetgevingen ter zake de rechtsbijstandverzekering. Richtlijn 87/344/EEG is de resultante van een geleidelijk proces, dat niet tot enkele sleutelmomenten is te herleiden. Dit proces gaat terug tot de oorsprong van de Europese Economische Gemeenschap en de daarbij uitgesproken doelstellingen, in het bijzonder die van *vrijheid van vestiging*.

Richtlijn 87/344/EEG, de ‘richtlijn inzake rechtsbijstand’ staat niet op zichzelf maar komt voort uit een eerdere richtlijn op het terrein van schadeverzekeringen, Richtlijn 73/239/EEG. Deze laatstgenoemde richtlijn betreft de eerste richtlijn op het terrein van schadeverzekeringen, waaronder gerekend rechtsbijstandverzekeringen. Ik ga hierna in op de achtergrond van deze overkoepelende richtlijn.

Ik zal in dit hoofdstuk allereerst stilstaan bij de eerste schreden in de Europese harmonisatie van het toezicht op het verzekeringsbedrijf. De aanzet daartoe is reeds te vinden in het einde van de jaren vijftig, in het opstellen van het Verdrag van Rome (1957). In de jaren zestig van de vorige eeuw is door middel van uitvaardiging van richtlijnen ook een aanvang gemaakt met harmonisering van de nationale wetgevingen omtrent het toezicht op het verzekeringsbedrijf. Actuele ontwikkelingen (Solvabiliteit II) worden hier niet behandeld.

Daarnaast is de voorgeschiedenis van Richtlijn 87/344/EEG sterk verweven met de discussie over belangenconflicten. In het tweede deel van dit hoofdstuk zal ik, ter inleiding van het volgende hoofdstuk dat gewijd is aan Richtlijn 87/344/EEG, beschrijven wat het fenomeen ‘belangenconflicten’ inhoudt. Daarbij krijgt de bijzondere positie van Bondsrepubliek Duitsland met haar ‘Spartentrennungsgebot’ ofte wel specialisatie-eis voor rechtsbijstandverzekeraars nadrukkelijk aandacht. De strenge, geïsoleerde positie van de Bondsrepubliek Duitsland daarbij ten opzichte van belangenconflicten is tekenend voor het moeizame onderhandelingsproces dat resulteerde in Richtlijn 87/344/EEG.

#### 4.2 **Vrijheid van vestiging voor verzekeringsmaatschappijen via Richtlijn 73/239/EEG**

De basis van het recht van vrijheid van vestiging is gelegd in het oprichtingsverdrag van de Europese Economische Gemeenschap, het Verdrag van Rome uit 1957.<sup>68</sup> Artikel 52 van dit verdrag voorspelt voor onderdanen en de oprichting van agent-schappen, filialen of dochterondernemingen door onderdanen een geleidelijke opheffing van de beperkingen van het recht van vrijheid van vestiging. Daarvoor verwijst het verdrag naar een later op te richten gefaseerd programma, het 'Algemeen Programma', met een planning voor de harmonisatie van de wetgevingen in de lidstaten op de diverse marktterreinen. Met deze harmonisatie ging ook de geleidelijke afschaffing van de bestaande beperkingen op het gebied van vrijheid van vestiging gepaard. Het Algemeen Programma is in 1961 uitgevaardigd.<sup>69</sup>

Op basis van het Algemeen Programma van 1961 werden ook ten aanzien van het directe verzekeringsbedrijf voorbereidingen getroffen om de vrijheid van vestiging te bewerkstelligen binnen de Europese Economische Gemeenschap.<sup>70</sup> Conform het Algemeen Programma werd in het kader van de vrijheid van vestiging onder meer een voorstel voor een richtlijn gedaan ter coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten betreffende de toegang tot het directe verzekeringsbedrijf (met uitzondering van de levensverzekeringsbranche). Voordat de in de lidstaten bestaande beperkingen die het recht van vrijheid van vestiging belemmerden konden worden opgeheven, dienden de wetgevingen van de lidstaten derhalve te worden geharmoniseerd. De Raad van de Europese Economische Gemeenschappen verwoordde deze noodzaak als volgt:

‘Overwegende dat, ter vergemakkelijking van de toegang tot en de uitoefening van deze verzekeringsbranches, bepaalde verschillen die op het gebied van het toezicht bestaan tussen de nationale wetgevingen, dienen te worden afgeschaft; dat, ter verwezenlijking van dit doel, onder waarborging van een gepaste bescherming van verzekerden en derden in alle Lid-Staten, met name de bepalingen dienen te worden gecoördineerd die betrekking hebben op de financiële garanties die van de verzekeringsmaatschappijen worden geëist;’<sup>71</sup>

De Europese Commissie onderkende dat er ten tijde van het uitbrengen van het voorstel voor Richtlijn 73/239/EEG tussen de toenmalige zes lidstaten grote verschillen bestonden in de mate van regulering van het verzekeringsbedrijf. Vooral de aard van het toezicht en de mate ervan liepen nogal uiteen.<sup>72</sup> Sinds 1973 bestond in de lidstaten in meer of mindere mate een financieel toezicht op de verzekerings-

68. Verdrag tot oprichting van Europese Economische Gemeenschap van 1957. Levie maakt melding van voorbereidende werkzaamheden ten aanzien van een gemeenschappelijke verzekeringsmarkt binnen de toenmalige zes lidstaten van de EEG, reeds voorafgaand aan dit verdrag, zie Levie 1973, p. 754.

69. *Publicatieblad* 002 van 15 januari 1962, p. 0036-0045 (het 'Algemeen Programma').

70. Zie het Algemeen Programma, titel IV onder C., ten aanzien van 'het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van levensverzekering'.

71. Richtlijn 73/239/EEG, preambule.

72. Muller 2006, p. 7; Levie 1973, p. 752.

maatschappijen van de lidstaten. Echter, (materiële) controle op het technisch beheer, de verzekeringsvoorwaarden van de maatschappijen en de tarieven bestond slechts in België, Duitsland, Frankrijk en Italië.<sup>73</sup> Deze grote verschillen wat betreft het toezicht in de lidstaten stonden de Europese integratie in de weg. Derhalve stelde de communautaire regelgever voorop dat, voorafgaand aan de afschaffing van de bestaande nationale beperkingen ter zake de vrijheid van vestiging, een zeker uniform niveau van bescherming moest worden geboden aan verzekerden en derden. Met de harmonisatie werden de nationale wettelijke en bestuursrechtelijke beperkingen op het gebied van vrijheid van vestiging in de lidstaten opgeheven. Onder deze beperkingen viel het in sommige lidstaten bestaande verbod om bepaalde verzekeringsbranches binnen de verzekeringsonderneming te combineren, waarover hieronder nog verder zal worden uitgeweid.

Richtlijn 73/239/EEG werd op 24 juli 1973 uitgevaardigd en vormde de Eerste Richtlijn Schadeverzekeringen. De richtlijn voorzag in harmonisatie van de toezichtwetgeving (schadeverzekeringsbedrijf).<sup>74</sup> De richtlijn voorzag in een vergunningensysteem (artikel 6) aan de hand waarvan onder meer op de solvabiliteit van verzekeringsondernemingen kan worden toegezien (artikel 14). Bovendien bepaalde de richtlijn onder welke voorwaarden een lidstaat een aan een onderneming verleende vergunning tot de uitoefening van het directe verzekeringsbedrijf weer kan intrekken (artikel 22). De richtlijn had een ruim bereik, voorzag in een controle op verzekeringsmaatschappijen – zowel bij aanvraag van de verzekeringsmaatschappij van een vergunning als tijdens bedrijfsuitoefening – en bestreek alle toepassingen op het gebied van het directe verzekeringsbedrijf behalve die welke zijn uitgezonderd in artikel 2 (onder meer de levensverzekeringsbranche, waarbij in een latere coördinatie werd voorzien<sup>75</sup>).

De richtlijn kende een onderverdeling naar branche, hetgeen de Raad van de EEG als volgt toelichtte:

‘Overwegende dat een indeling van de risico’s per branche noodzakelijk is, in het bijzonder met het oog op de vaststelling van de werkzaamheden waarvoor de verplicht gestelde vergunning alsmede het afhankelijk van de beoefende branche bepaalde bedrag van het minimumgarantiefonds zijn vereist’.

In het bijzonder ten aanzien van de rechtsbijstandverzekeringsbranche bleek een sectorspecifieke nadere regeling noodzakelijk. Een Europese regeling voor de sector kwam ogenschijnlijk nog te vroeg, daar in Richtlijn 73/239/EEG voorzien werd in een latere regeling:

73. Levie 1973, p. 753.

74. Publicatieblad L 228 van 16 augustus 1973, p. 0003-0019.

75. Richtlijn 73/239/EEG, preambule. De Eerste richtlijn levensverzekeringen werd vervolgens door de Europese Commissie uitgebracht in 1979: Richtlijn 79/267/EEG van de Raad van 5 maart 1979 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot het directe levensverzekeringsbedrijf, en de uitoefening daarvan, die inmiddels ook is vervangen door Richtlijn 2009/138/EG (Solvency II).

‘Overwegende dat de onderscheiden wetgevingen verschillende regelingen kennen voor wat betreft het gelijktijdig beoefenen van de ziekteverzekeringsbranche, de krediet- en borgtochtverzekeringsbranche, en van de branche van de verzekering van rechtsbijstand, zowel van deze branches onderling als te zamen met andere branches; dat, indien deze verschillen na de opheffing van de beperkingen van het recht van vestiging in de andere branches dan de levensverzekering worden gehandhaafd, hierdoor belemmeringen voor de vestiging zullen blijven bestaan en dat voor dit probleem een oplossing moet worden gevonden bij een latere coördinatie die binnen een vrij korte termijn tot stand moet worden gebracht;’<sup>76</sup>

Aldus voorzag de Raad van de EEG in Richtlijn 73/239/EEG in een bepaling waarin een termijn werd gesteld voor verdere harmonisatie van de regelgeving omtrent – onder meer – de rechtsbijstandverzekering:

‘Artikel 7

1. De vergunning geldt voor het gehele nationale grondgebied, tenzij, voor zover de nationale wetgeving zulks toelaat, de aanvrager om toestemming verzoekt zijn werkzaamheden slechts op een deel van het nationale grondgebied uit te oefenen.

2. De vergunning wordt per branche verleend. Zij heeft betrekking op de gehele branche, behalve indien de aanvrager slechts een gedeelte wenst te dekken van de in de bijlage, onder A, genoemde risico’s die tot deze branche behoren.

Nochtans:

(...)

c) kan de Bondsrepubliek Duitsland tot het tijdstip van een latere coördinatie, die binnen vier jaar na de kennisgeving van deze richtlijn moet plaatsvinden, het verbod handhaven om op haar grondgebied de ziekteverzekering, de krediet- en borgtochtverzekering of de verzekering van rechtsbijstand, hetzij onderling, hetzij met andere branches, te cumuleren.’

Richtlijn 73/239/EEG onderkende daarmee dat de Bondsrepubliek Duitsland een uitzonderingspositie innam en dat de beoogde harmonisatie onvoltooid was. Bondsrepubliek Duitsland hanteerde een stelsel waarin verzekeraars in de genoemde branches – ziektekostenverzekering, krediet- en borgtochtverzekering en rechtsbijstandverzekering – de cumulatie met andere branches (bepaalde aangewezen of alle) verboden was gesteld. In het onderstaande zal de gedachte achter dit cumulatieverbod worden toegelicht, in het bijzonder ten aanzien van de rechtsbijstandverzekering en het daaraan gerelateerde probleem van belangenconflicten.

#### 4.3 **Grote en kleine specialisatie in verzekeringen: branchecumulatieverbod oftewel ‘Spartentrenningsgebot’**

Het verschil van opvatting tussen de lidstaten ten aanzien van het cumuleren van verzekeringsbranches binnen een verzekeringsmaatschappij was niet beperkt tot

76. Richtlijn 73/239/EEG, preambule.

de schadeverzekering. Ook met betrekking tot de levensverzekering bestond er een vrees van 'kruisbestuiving'. De levensverzekering kende derhalve een vergelijkbare noodzaak om te voorzien in een nadere regeling ten behoeve van harmonisatie.<sup>77</sup> Tegenover de lidstaten die geen bezwaren hadden tegen cumulatie van verzekeringsbranches stonden de lidstaten — in geval van de rechtsbijstandverzekering slechts een enkele lidstaat (Bondsrepubliek Duitsland) — die een specialisatie-eis hanteerden. De laatstgenoemde lidstaten met strenger toezicht verboden de combinatie van de gevoeligere verzekeringsbranches met een andere branche van schadeverzekering. De specialisatie-eis ten aanzien van de levensverzekering werd enerzijds de 'grote specialisatie' genoemd en die ten aanzien van de overige branches de 'kleine specialisatie'.<sup>78</sup>

De bezwaren omtrent cumulatie van al deze genoemde branches mondden, wat betreft zowel de grote als de kleine specialisatie, uit in langdurige en constructieve overleggen op Europees niveau. Aanvankelijk werd de problematiek in een eerste projectgroep in branche-overkoepelend verband gezien, waarbij werd bekeken in hoeverre bepaalde verzekeringsbranches (levensverzekeringen en de schadeverzekeringen) tegelijkertijd in een onderneming konden worden gedreven. De overlegsessies van deze projectgroep begonnen reeds in 1962, kort na aanvang van het Algemeen Programma.<sup>79</sup> Deze eerste pogingen strandden echter. Daarna werd besloten om het probleem van de grote specialisatie (levensverzekering) en de kleine specialisatie (schadeverzekering) afzonderlijk aan te pakken, binnen de kaders van de onderscheidenlijke richtlijnen.

Bij de voornoemde aan Bondsrepubliek Duitsland geboden overgangsperiode voor het afstand doen van de specialisatie-eis gaf de Raad van de EEG rekenschap van de mogelijkheid van belangenconflicten die zich konden voordoen bij het binnen een onderneming gelijktijdige beoefening van verschillende verzekeringsbranches.<sup>80</sup> De Raad maakte kenbaar dat met de afschaffing van het specialisatiegebod in nadere regelingen moest worden voorzien — conform de wens van lidstaat Bondsrepubliek Duitsland — om verzekerden te beschermen tegen belangenconflicten, die zich veelal voordeden bij multibranche verzekeringsmaatschappijen. Om dit uit te werken formeerde de Europese Commissie een werkgroep welke op 1 en 2 december 1975 voor het eerst bijeenkwam.<sup>81</sup>

Ten aanzien van de inrichting van het verzekeringsbedrijf bestonden aanmerkelijke verschillen tussen lidstaten. Zoals ik aangaf nam Bondsrepubliek Duitsland de uitzonderingspositie in, gezien verzekeraars in de genoemde branches die onder de specialisatie-eis vielen werden gedwongen om gespecialiseerd te opereren. Binnen

77. Zie het voorstel van de Europese Commissie voor een eerste richtlijn ter zake de levensverzekering, *Publicatieblad C-35*, 28 maart 1974, p. 9-23.

78. Möller 1975, p. 86: 'grande specialisation' en 'petite specialisation'.

79. Möller 1975, p. 87.

80. Werkdocument 1587/73 PV/Cons 24. Zie *Rechtsschutz in Europa* 1976-2, p. 10.

81. *Rechtsschutz in Europa* 1977-4, p. 117.

die branches was daarom van een penetratiegraad van 0% multibranche maatschappijen.<sup>82</sup>

De Bondsrepubliek Duitsland benadrukte dat de handhaving van haar systeem van specialisatie vanzelfsprekend tot goede resultaten leidde en dat dit systeem bovendien vertrouwen genoot van verzekerden.<sup>83</sup> Gezien dat het overwegend de Bondsrepubliek Duitsland was die specialisatie eiste, zal hierna per branche worden beschreven wat argument van deze lidstaat was voor haar eis.

De grote specialisatie, ten aanzien van de levensverzekering, heeft een lange geschiedenis in Duitsland. Sinds een afwijzend besluit van het toenmalige Duitse toezichtorgaan, 'het Kaiserliche Aufsichtsamt für Privatversicherung' (1901-1918), in 1903 op een verzoek van een verzekeringsmaatschappij, is duidelijk dat het in Duitsland niet mogelijk is het schadeverzekeringsbedrijf tegelijkertijd met het levensverzekeringsbedrijf in een verzekeringsmaatschappij te bedrijven.<sup>84</sup> Verzekeringsmaatschappijen behoeften voor de cumulatie van verzekeringsbranches steeds de toestemming van het toezichtsorgaan, welke werd onthouden. In de literatuur wordt de opstelling van de Duitse nationale toezichthouder in de eerste plaats beargumenteerd met verwijzing naar de grote maatschappelijke en financiële belangen die met de levensverzekering gepaard gaan.<sup>85</sup> Eidam 1984 wijst in dat verband op het gegeven dat verzekerden onder een levensverzekering, op basis van ingecalculerde lage interest en hoog sterftepercentage, regelmatig een te hoge premie betalen om daarmee winsten op te potten ter dekking van risico's. Duitsland heeft het in dat licht onwenselijk gevonden dat de verzekeringsmaatschappijen deze opgebouwde reserves aanwendden in andere verzekeringsbranches. De levensverzekering heeft dus een bepaald langdurig maatschappelijk spaarkarakter, dat de Duitse toezichthouder heeft willen beschermen met de specialisatie-eis.

Voor de ziektekostenverzekering geldt de specialisatie-eis sinds 1927. Met betrekking tot de ziektekostenverzekering werd gesteld dat deze een veelheid van financiële risico's in zich bergt, zodat een gelijktijdige bedrijfsvoering met de levensverzekering niet wenselijk werd geacht. Hier draait het dus niet om de bescherming van deze branche tegen invloeden van buitenaf maar juist andersom, om de bescherming van andere branches tegen volatiliteit van risico's onder de ziektekostenverzekering. De ziektekostenverzekerden behoeften anderzijds ook bescherming gezien de structurele, langdurige relatie die zij met de ziektekostenverzekeraar aangingen. De combinatie van deze branche met andere schadeverzekeringsbranches werd hier zodoende niet mogelijk geacht.<sup>86</sup>

Met betrekking tot de krediet- en borgtochtverzekering wordt ter rechtvaardiging van de specialisatie-eis wel gewezen op het verhoudingsgewijs hoge risico dat tot uitkering moet worden overgegaan. Dit risico wordt beïnvloed door conjunctuur-

82. Vergelijk de overzichten hierna ten aanzien van de rechtsbijstandverzekeringsbranche in paragraaf 4.4.1.

83. *Rechtsschutz in Europa* 1977-4, p. 117.

84. Eidam 1984, p. 12.

85. Eidam 1984, p. 14.

86. Eidam 1984, p. 16.

schommelingen en rechtspolitieke impulsen.<sup>87</sup> Om andere branches te beschermen tegen dit relatief grote, onvoorspelbare financiële risico heeft de Duitse toezichthouder daarom sinds 1929 verlangd dat dergelijke verzekeringen gescheiden worden beoefend, in een aparte onderneming.<sup>88</sup>

Voor de rechtsbijstandverzekering ten slotte speelt een heel andere reden voor het specialisatiegebod.<sup>89</sup> De reden van de specialisatie-eis is hier namelijk gelegen in het risico van 'belangenconflicten', die tussen verzekeraar en verzekerde kunnen optreden. Dit fenomeen hangt samen met het feit dat de rechtsbijstandverzekeraar als belangenbehartiger jegens zijn verzekerde een bijzondere positie inneemt. Hierna licht ik in paragraaf 4.5 toe wat het belangenconflict hier inhoudt. Eerst sta ik nog stil bij de situatie van Bondsrepubliek Duitsland wat betreft de specialisatie-eis oftewel Spartenrennung.

#### 4.4 De afwijkende situatie van Bondsrepubliek Duitsland binnen de EEG ten aanzien van de rechtsbijstandverzekering

##### 4.4.1 Spartenrennungsgebot rechtsbijstandverzekering: de specialisatie-eis in Bondsrepubliek Duitsland (multibranche versus monobranche verzekeringsmaatschappijen)

Toenmalig lid van de Europese Commissie Imbert schetste in de jaren zeventig van de vorige eeuw het navolgende onderscheid tussen de verschillende lidstaten wat betreft rechtsbijstandverzekeraars.<sup>90</sup> Een geïsoleerde positie werd ingenomen door Bondsrepubliek Duitsland, met haar verplichte systeem van specialisatie: enkel gespecialiseerde rechtsbijstandverzekeraars waren actief op de markt. In de overige lidstaten waren twee groepen te onderscheiden. Aan de ene kant waren er de lidstaten die de branche rechtsbijstandverzekering niet kenden of geen zicht hadden op de beoefening ervan op hun grondgebied. Onder deze lidstaten konden worden gerekend: Engeland, Ierland en Denemarken. Aan de andere kant waren de overige lidstaten te onderscheiden, waarin – behoudens in Italië – de rechtsbijstandverzekering hoofdzakelijk door multibranche maatschappijen werd gevoerd.

De prevalentie en het aandeel in de markt van multibranche en gespecialiseerde (of monobranche) verzekeringsmaatschappijen laat een bijzonder beeld zien. Ondanks dat multibranche verzekeringsmaatschappijen in aantal oververtegenwoordigd waren, bezaten de gespecialiseerde maatschappijen in de EEG het grootste marktaandeel. Dit kan worden verklaard omdat in Bondsrepubliek Duitsland, alwaar slechts gespecialiseerde maatschappijen werden toegelaten, in 1977 maar liefst 75% van de totale omzet van de gemeenschappelijke rechtsbijstandverzekeringsmarkt aan premies werd geïncasseerd.<sup>91</sup>

87. Eidam 1984, p. 17-18.

88. Schmidt 1964, p. 269.

89. Vergelijk Eidam 1984, p. 167.

90. *Rechtsschutz in Europa* 1977-4, p. 117-118.

91. Verslag van de Juridische Commissie van het Europees Parlement 1981, p. 43.



De prevalentie van multibranche en monobranche maatschappijen was in 1977 als volgt:<sup>92</sup>

1977	Aandeel multi-branche maatschappijen	Aandeel monobranche maatschappijen	Totale premie-incasso x miljoen
België	71%	29%	1327 BF
Frankrijk	97%	3%	683 FF
Italië	7%	93%	4909 Lire
Nederland	50%	50%	50 Hfl
Groot-Brittannië	50%	50%	1 Pnd
Bondsrepubliek Duitsland	0%	<b>100%</b>	1209 DM

Deze tabel laat een gevarieerd beeld zien wat betreft het aandeel van de multibranche en monobranche maatschappijen binnen de toenmalige lidstaten van de EEG. Als echte uitschieters kunnen worden aangemerkt Frankrijk, waar bijna alleen maar multibranche maatschappijen rechtsbijstandverzekeringen uitvoerden, en Duitsland waar enkel monobranche rechtsbijstandverzekeringsmaatschappijen waren gevestigd.

Gezien het hiervoor getoonde beeld, kon daarom niet zonder meer worden gesteld dat aan de economische wens van de meerderheid van de lidstaten – opheffing van het specialisatiegebod van Bondsrepubliek Duitsland – moest worden toegegeven ten koste van de specialisatie-eis van Bondsrepubliek Duitsland. Immers, Bondsrepubliek Duitsland had qua volume van premie-inkomsten economisch gezien een overwegend aandeel binnen de Europese markt.

Juist in de lidstaten waarin multibranche verzekeraars in overwegende mate actief waren, gold dat er weerstand bestond tegen de overstap naar het Duitse systeem met specialisatie-eis.<sup>93</sup> Deze lidstaten vreesden een forse kostenstijging vanwege de juridische en fiscale maatregelen gemoeid met de systeemverandering. Deze extra kosten lagen inderdaad voor de hand aangezien ten behoeve van specialisatie een aparte onderneming moet worden opgericht afgescheiden van overige verzekeringsbranches. Ik bespreek hierna het fenomeen belangenconflicten, wat voor Bondsrepubliek Duitsland voldoende zwaarwegend was om desondanks vast te houden aan de specialisatie-eis.

#### 4.4.2 Het probleem van belangenconflicten binnen de rechtsbijstandverzekering in het kort geduid

Om het issue van belangenconflicten te begrijpen moet voorop worden gesteld dat de rechtsbijstandverzekering een bijzondere, modernere vorm van verzekering

92. Werkdocument van de Europese Commissie no 30/80, d.d. 26 november 1980, opgenomen in Cousy & Claassens 1983, p. 98.

93. *Rechtsschutz in Europa* 1977-4, p. 118.

vormt, daar het verzekerd risico meer samenhangt met de wil van verzekerde.<sup>94</sup> Uiteraard is een van buiten komend onheil noodzakelijk om de eis van 'onzekerheid' in te vullen, maar verzekerde heeft vanzelfsprekend invloed op het verzekerd risico gezien hij zelf bepaalt wanneer hij in rechtsbijstand voorziet, als zich een juridisch geschil voordoet. Bovendien kan verzekerde ook kiezen wanneer hij een tegenpartij in een juridisch geschil betreft. Het intreden van het verzekerd risico is dus in meerdere mate ingegeven door de eigen wil en beslissingen van verzekerde.

Hoewel de rechtsbijstandverzekering voldoet aan de definitie van de schadeverzekering<sup>95</sup>, is het juist het bijkomende dienstenkarakter van deze vorm van verzekering dat een beslissende rol speelt in de totstandkoming van belangenconflicten. In de Europeesrechtelijke definitie van de rechtsbijstandverzekering is onderkend dat het verrichten van diensten door de rechtsbijstandverzekeraar een belangrijk onderdeel is van de rechtsbijstandverzekering: 'Deze verzekering bestaat erin dat tegen betaling van een premie de verbintenis wordt aangegaan om de kosten van gerechtelijke procedures te dragen en andere diensten te verlenen die voortvloeien uit de door de verzekering geboden dekking (...)'.<sup>96</sup>

Mijns inziens wijst Eidam (1984) er met recht op dat de vertrouwensrelatie tussen verzekerde en rechtsbijstandverzekeraar een belangrijke plaats inneemt in de rechtsbijstandverzekering. Ten opzichte van diens verzekerde neemt de rechtsbijstandverzekeraar een aantal belangrijke diensten op zich wanneer verzekerde een beroep doet op de verzekering, zoals bijvoorbeeld het geven van juridische adviezen, de aanstelling van een jurist voor verzekerde, het beoordelen van de kansen in de zaak van verzekerde, etc. Deze beslissingen en handelingen van de rechtsbijstandverzekeraar hebben belangrijke rechtsgevolgen voor verzekerde, reden waarom de vertrouwensrelatie tussen partijen van groot belang is.<sup>97</sup> Dit belang wordt nog vergroot wanneer de rechtsbijstandverzekeraar, zoals in Nederland uitgangspunt is, de rechtsbijstandverlening ook zelf ter hand neemt.

Dit vertrouwen van verzekerde in de rechtsbijstandverlening wordt beschadigd als de rechtsbijstandverzekeraar zich bij het verlenen van rechtsbijstand aan verzekerde voornamelijk laat leiden door zijn eigen financiële belangen gemoeid met andere verzekeringsbranches, zulks ten koste van vertrouwelijke en goede uitvoering van rechtsbijstand aan verzekerde. Alsdan wordt een belangentegenstelling zichtbaar. Reeds de schijn van belangenconflicten kan hierbij van negatieve invloed zijn en het vertrouwen van verzekerde aantasten.<sup>98</sup>

Bij belangenconflicten vanwege de cumulatie van verschillende verzekeringsbranches doet zich meestal het geval voor waarbij de rechtsbijstandverzekeraar in een andere verzekeringsbranche een direct of indirect financieel, commercieel of admi-

94. Op het moment dat het verzekerd risico is ingetreden, in de zin van het 'juridisch geschil' moeten de gedekte kosten nog worden gemaakt. Zie H. Cousy in Colle & Fagnart 1998, p. 135 e.v. Voor een uitgebreide uiteenzetting van de rechtsbijstandverzekering Holthinrichs 2015, paragraaf 27.3.

95. Zie Holthinrichs 2015, p. 813.

96. Artikel 2 van Richtlijn 87/344/EEG. Zie ook Eidam 1984, p. 37 e.v.

97. Eidam 1984, p. 270.

98. Eidam 1984, p. 270-271.

nistratief belang heeft, waardoor deze verzekeraar — al dan daadwerkelijk of ogenschijnlijk — geneigd is de belangen van de rechtsbijstandverzekerde niet optimaal te behartigen, om daarmee een financieel voordeel te behalen. Bij deze vorm van belangenconflicten is het door de rechtsbijstandverzekerde gewenste resultaat tegengesteld aan een of meerdere directe of indirecte financiële belangen van de verzekeringsmaatschappij. Zou de multibranche verzekeraar in geval van een dergelijk belangenconflict namelijk wel — als deze geacht wordt te doen — de rechtsbijstandverzekerde optimaal bijstaan, wordt de rechtsbijstandverzekeraar aldus in diens bijzondere directe of indirecte belangen geraakt, bijvoorbeeld doordat de rechtsbijstandverzekerde zijn gelijk haalt en schadeloos moet worden gesteld door rechtsbijstandverzekeraar zelf, op grond van een andere verzekering die hij tevens beheert.

Men bedenke zich overigens dat deze belangenconflicten zich niet alleen voor kunnen doen binnen een verzekeringsmaatschappij die verschillende soorten verzekeringen voert. Het financiële (eigen)belang dat de verzekeraar nastreeft kan ook de maatschappij overstijgen, in het geval dat de rechtsbijstandverzekeraar financiële, administratieve of commerciële banden onderhoudt met een andere maatschappij met een verzekering waarin rechtsbijstandverzekerde direct of indirect een financieel belang heeft in diens juridisch geschil.<sup>99</sup> Wanneer dergelijke banden bestaan kan de rechtsbijstandverzekeraar ook daadwerkelijk of ogenschijnlijk zijn geneigd om die financiële belangen van de andere (gelieerde) maatschappij na te streven en daarbij de belangen van de rechtsbijstandverzekerde te veronachtzamen. Het meest sprekende geval is daarbij de rechtsbijstandverzekeraar die met deze andere maatschappij (bijvoorbeeld een moedermaatschappij, dochtermaatschappij of zustermaatschappij) in concernverband staat. Een verzekeringsmaatschappij die zich enkel met rechtsbijstandverzekeringen bezighoudt (een gespecialiseerde rechtsbijstandverzekeraar) kan op deze manier dus evengoed met belangenconflicten te maken krijgen.

Een duidelijk voorbeeld van een belangenconflict is het geval waarbij twee verzekerden een juridisch geschil hebben en beiden daarvoor dezelfde multibranche verzekeraar aanspreken om hun (tegengestelde) belangen in dit geschil te behartigen. In dit voorbeeld doet de eerste verzekerde (verzekerde A) bij de verzekeraar een beroep op zijn rechtsbijstandverzekering, om de andere verzekerde (verzekerde B) — bijvoorbeeld op grond van onrechtmatige daad — aansprakelijk te stellen. Tegelijkertijd doet verzekerde B bij dezelfde maatschappij een beroep op de dekking van zijn aansprakelijkheidsverzekering. Ervan uitgaande dat aan beide verzekerden dekking wordt verleend, moet de verzekeraar hier tegen zichzelf keren. Hij moet immers namens A een claim instellen tegen B, wetende dat bij honorering van deze claim moet worden uitgekeerd onder de aansprakelijkheidsverzekering die hij zelf voert. Deze verzekeraar heeft er dus (tenminste) een belang bij om rechtsbijstandverzekerde A niet optimaal bij te staan, zodat geheel niet of slechts een lager bedrag hoeft worden uitgekeerd onder de aansprakelijkheidsverzekering van B. Een bijkomend voordeel van verzekeraar is bovendien dat hij kennis van de dossiers van beide partijen heeft, zodat hij partijen tegen elkaar uit kan spelen.

99. Vergelijk de redactie van artikel 3 lid 2 onder a Richtlijn 87/344/EEG.

Deze belangenconflicten kunnen vele vormen aannemen, waarvan in paragraaf 4.5 meer voorbeelden zullen worden gegeven. Het is echter van belang te realiseren dat de belangenconflicten telkens gemeenschappelijk hebben dat de rechtsbijstandverzekeraar vanwege diens vorm van dienstverlening dus een zekere mate van controle en invloed heeft. In een voorkomend geval waarbij andere verzekeringsbranches een rol spelen en daarom een financiële prikkel op de verzekeraar inwerkt, kan zulks een negatieve rol spelen op de wijze waarop hij rechtsbijstand verleent of doet verlenen. Dit wordt bovendien nog versterkt waar de verzekeraar de beschikking heeft over gevoelige dossierinformatie van de rechtsbijstandverzekerde, welke de verzekeringsmaatschappij tegen hem kan gebruiken.

Een bepaalde vorm van belangenconflicten is overigens nauwelijks te voorkomen en inherent aan de ontwikkeling van steeds groter wordende verzekeringsmaatschappijen. Het is hier beter te spreken van oneigenlijke belangenconflicten. Er bestaat namelijk altijd het risico dat beide partijen betrokken in juridisch conflict bij dezelfde verzekeraar voor rechtsbijstand verzekerd zijn. Dit probleem van belangenconflicten staat echter los van de hiervoor benoemde gevallen, waarbij de belangen van de rechtsbijstandverzekerde botsen met bijzondere financiële belangen van de verzekeringsmaatschappij gemoeid met andere verzekeringsbranches. In het hier besproken geval van oneigenlijke belangenconflicten daarentegen staat niet een andersoortig financieel belang van de verzekeringsmaatschappij of van een gelieerde maatschappij op het spel. Bovendien, dergelijke belangenconflicten worden ook niet opgelost door specialisering in rechtsbijstand omdat ook bij specialisatie twee strijdende verzekerden dezelfde maatschappij voor rechtsbijstand kunnen aanspreken.

De term ‘belangenconflict’ is evenwel erg ruim en kan onbedoeld zelfs de indruk wekken dat elk belangenconflict koste wat het kost moet worden voorkomen. Een bepaalde vorm van belangenconflicten — de oneigenlijke belangenconflicten — is inherent aan alle vormen van verzekeren. Objectief gezien hebben verzekeraars namelijk altijd belang bij het beperken van de schadelast door niet tot uitkering over te gaan. Vertaald naar de rechtsbijstandverzekering wordt dan getracht te voorkomen dat rechtsbijstand moet worden verleend of daartoe kosten worden gemaakt. Deze tegenstelling van belangen is bij rechtsbijstandverzekeringen in gelijke mate aanwezig als bij andere vormen van verzekeringen. Om dit morele risico te bestrijden moeten andere maatregelen worden getroffen voor de prudentie bedrijfsvoering.<sup>100</sup>

Dergelijke vormen van tegenstrijdige belangen, waarbij de verzekeraar zijn kosten wil minimaliseren, waren evenwel onderdeel van de kritiek van de advocatuur op de rechtsbijstandverzekering (zie paragraaf 3.1.2).<sup>101</sup> Deze kritiek overtuigt wat mij betreft niet. Deze kritiek raakt immers de gehele verzekeringstak, want steeds zijn via premies de inkomsten vooruitbetaald, terwijl het in voorkomend geval nog is

100. Gewezen kan worden op de oplossing van artikel 6 van Richtlijn 87/344/EEG, de geschillenregeling. Op grond van die regeling kan een verzekerde vragen om een onafhankelijk oordeel omtrent de wijze van behandeling van diens zaak door de rechtsbijstandverzekeraar.

101. Zie ook *Rechtsschutz in Europa* 1981-3, p. 153 en 1985-1, p. 38.

te bezien of verzekeraar tot uitkering overgaat. Ook is het in zijn algemeenheid zo dat een dienstverlener die vooruit heeft betaald gekregen, via een abonnement of premiebetaling, er belang bij heeft om op het moment dat hij bij intreden van een zekere voorwaarde zijn diensten moet verrichten, deze prestatie tegen de laagst mogelijke kosten te verrichten. De betaling is immers gefixeerd. Daarentegen is het ook bij dienstverleners die volgens een ander betalingsmodel werken, die per uur of per dienst betaald krijgen, zo dat zij er juist belang bij hebben om zo lang en veel mogelijk diensten te leveren, ongeacht of dit ook van belang van de klant is. Wat betreft de advocaat kan derhalve worden gesteld dat deze, als geen gefixeerd bedrag is afgesproken, er belang bij heeft om de duur en omvang van rechtsbijstand zo lang respectievelijk groot mogelijk te krijgen. Dit weegt alsdan in het nadeel van cliënt, omdat die ten aanzien van zijn geschil immers een kosten-batenanalyse zal moeten maken, waarbij hij ook naar de goede en kwade kansen in zijn zaak moet kijken.

Ik zou willen stellen dat er zo bezien geen 'beter' model van de rechtshulp bestaat tussen dat van een verzekeraar die premies int of de advocaat die per uur declareert. Beide modellen kennen voor een verzekerde of cliënt voor- en nadelen. Voor beide modellen geldt mijns inziens dan ook dat er bijkomende maatregelen moeten worden getroffen om te voorkomen dat een dienstverlener zich onbehoorlijk verrijkt door de gerechtvaardigde belangen van een cliënt respectievelijk verzekerde te veronachtzamen. In het voorbeeld van de advocaat bestaat de verplichting om rekschap te geven en verantwoording af te leggen, welke eis bij het uitvoeren van een overeenkomst van opdracht rechtstreeks voortvloeit uit artikel 7:403 BW, een eis die tevens tot uiting komt in de Gedragsregels advocatuur (versie 2018), artikel 17 en 18. Met betrekking tot de rechtsbijstandverzekering geldt ook een wettelijke algemene waarborg, namelijk die van de geschillenregeling. Verzekerde heeft altijd aanspraak op een second opinion door een onafhankelijke derde, zulks op kosten van de verzekeringsmaatschappij (artikel 4:68 Wft en artikel 6 Richtlijn 87/344/EEG).

Eidam wijst er hier terecht op dat deze problematiek van *oneigenlijke* belangenconflicten niet is tegen te gaan door middel van branchescheiding maar dat andere maatregelen moeten worden genomen om de hieruit voortvloeiende problemen te bestrijden.<sup>102</sup> Ik spreek in dit laatstgenoemde geval dan ook niet van belangenconflicten.

#### 4.5 **Verschillende typen belangenconflicten in multibranche en gespecialiseerde verzekeringsmaatschappijen**

##### 4.5.1 **Algemeen**

Hiervoor werd in paragraaf 4.4 het probleem van het belangenconflict beschreven, dat erin bestaat dat de belangen van de rechtsbijstandverzekeraar en de rechtsbijstandverzekerde in een onaanvaardbaar spanningsveld komen te staan. Direct of indirect speelt daarbij de invloed van een andere verzekeringsbranche een rol. In deze paragraaf ga ik in op specifieke vormen van belangenconflicten die zich bij

102. Eidam 1984, p. 174.

rechtsbijstandverzekering kunnen voordoen, zonder daarbij een uitputtend overzicht te geven.

Hieronder volgt een nadere bespreking van diverse voorbeelden van mogelijke (eigenlijke) belangenconflicten welke zich tussen verzekerde en verzekeraar kunnen voordoen.

#### 4.5.2 Bespreking van verschillende soorten belangenconflicten

Eidam 1984 heeft in zijn dissertatie een uitvoerig overzicht gegeven van de verschillende soorten belangenconflicten die zich kunnen voordoen in de rechtsbijstandverzekering.<sup>103</sup> Aan de hand van zijn onderverdeling zal ik hieronder per geval een toelichting geven. Telkens gaat het om gevallen waarin de (rechtsbijstand)verzekeraar vanwege de specifieke omstandigheden van het geval en verwevenheid van zijn onderscheidenlijke financiële belangen, via verschillende verzekeringen die hij drijft. Zoals reeds gezegd, gaat het telkens tenminste om de schijn dat verzekeraar zijn eigen bijzondere financiële belangen — veelal dat hij rechtsbijstandverzekerde schadeloos moet stellen via een andere verzekering die bij hem loopt — boven die van rechtsbijstandverzekerde stelt en dat dit ten koste gaat van de rechtsbijstandverlening. Dit risico speelt ongeacht of rechtsbijstandverlening rechtstreeks bij verzekeraar loopt of dat de verzekeringsmaatschappij de vaste advocaat inschakelt.<sup>104</sup> Het zijn de onderstaande belangenconflicten die Bondsrepubliek Duitsland op het oog had alsmede die waar de Europese Commissie rekenschap van gaf.

##### 4.5.2.1 *Meest sprekende geval van belangenconflicten: geen optimale belangenbehartiging van rechtsbijstandverzekerde in het geschil met diens wederpartij*

Het meest voor de hand liggende, reeds genoemde, geval van een belangenconflict is dat van een juridisch conflict tussen een voor rechtsbijstand verzekerde enerzijds en een voor aansprakelijkheid verzekerde anderzijds die beiden dekking hebben bij 'dezelfde' verzekeraar. Als hier de belangen van verzekerden worden gedekt door dezelfde onderneming of gelieerde ondernemingen bestaat het risico dat de belangen van de rechtsbijstandverzekerde niet goed worden behartigd omdat de verzekeraar of een aan haar gelieerde onderneming riskeert om — bij succesvolle behartiging van de belangen van de rechtsbijstandverzekerde — uit te moeten keren aan de rechtsbijstandverzekerde. De rechtsbijstandverzekeraar moet zich zodoende als het ware 'tegen zichzelf keren'.<sup>105</sup> Het hier benoemde geval kan zich ook voordoen via andere soorten verzekeringen dan aansprakelijkheidsverzekeringen, zoals bijvoorbeeld een ongevallenverzekering.

Los van de voornoemde gevallen kan de wederpartij ook de verzekeraar zelf zijn. Als verzekerde bijvoorbeeld zowel een rechtsbijstandverzekering heeft als ook bijvoorbeeld een reisverzekering, kan het geval ontstaan waarbij verzekerde eerst vruchteloos de verzekeraar aanspreekt tot uitkering voor een diefstal tijdens een

103. Eidam 1984, p. 173-200.

104. Zie paragraaf 6.2 en de onderbouwing van de Europese Commissie voor invoering van een vrije advocaatkeuze.

105. Publicatieblad C-198 van 7 augustus 1979, p. 2-4.

vakantiereis. Als verzekerde vervolgens zijn eigen verzekeraar aansprakelijk wil stellen via de rechtsbijstandverzekering bij deze verzekeraar ontstaat het geval dat de verzekeraar zichzelf aansprakelijk zou moeten stellen, waartoe deze logischerwijze niet genegen zou zijn.

4.5.2.2 *Geen optimale belangenbehartiging van rechtsbijstandverzekerde in een strafrechtelijke procedure die weerslag heeft op het civielrechtelijke geschil van de rechtsbijstandverzekerde*

Voornoemd belangenconflict onder de rechtsbijstandverzekering en de aansprakelijkheidsverzekering hoeft zich niet steeds voor te doen in de behartiging van de belangen van de rechtsbijstandverzekerde *rechtstreeks* in diens geschil met de aansprakelijkheidsverzekerde. Het kan zich ook voordoen in een strafrechtelijke procedure waarin de rechtsbijstandverzekerde verwickeld is, die verband houdt met het geschil tussen de aansprakelijkheidsverzekerde en rechtsbijstandverzekerde. Men bedenke namelijk het volgende geval.

In dit voorbeeld heeft een rechtsbijstandverzekerde (A) een aanrijding met een aansprakelijkheidsverzekerde (B), waarbij beide partijen letsel en/of schade oplopen. Beiden spreken vervolgens dezelfde verzekeraar aan, waarbij niet enkel een civiele zaak wordt gestart maar A tevens strafrechtelijk wordt vervolgd, bijvoorbeeld wegens roekeloos rijgedrag.<sup>106</sup> Hier speelt het geval waarin de (rechtsbijstand)verzekeraar er belang bij heeft om A niet van alle blaam gezuiverd te krijgen. Hij heeft eerder belang bij een veroordeling van A. Komt immers vast te staan dat A roekeloos heeft gereden, kan dit allicht van invloed zijn in de civiele zaak tussen A en B. De verzekeraar kan zodoende bewerkstelligen dat een voor A ongunstig resultaat in de strafrechtelijke procedure doorwerkt in de civiele procedure, ten aanzien van de schuldvraag, zodat de verzekeraar onder de aansprakelijkheidsverzekering van B niet hoeft uit te keren aan A.

4.5.2.3 *Bij een veroordeling in een strafrechtelijke procedure komt de rechtsbijstandverzekerde geen beroep meer toe op de andere verzekering (veelal een aansprakelijkheidsverzekering) bij dezelfde verzekeraar*

Een belangentegenstelling uit de voornoemde voorbeelden kan zich echter ook *rechtstreeks* voordoen tussen verzekerde en de verzekeraar, wanneer verzekerde bij verzekeraar zowel een rechtsbijstandverzekering heeft als een ander soort verzekering (meestal een aansprakelijkheidsverzekering maar hetzelfde doet zich bijvoorbeeld voor bij een cascoverzekering). Wanneer de verzekerde een verkeersongeluk heeft veroorzaakt en strafrechtelijk wordt vervolgd voor rijden onder invloed van alcohol, kan zich het geval voordoen dat de verzekeraar in de aansprakelijkheidsverzekering een bepaling heeft opgenomen dat een verzekerde geen dekking heeft wanneer hij onder invloed van alcohol een voertuig bestuurde. Wanneer de verzekeraar verzekerde in de strafrechtelijke procedure zou bijstaan, zou het hem eraan gelegen zijn wanneer in deze procedure komt vast te staan dat verzekerde onder

106. Dit geldt voor zover rechtsbijstandverzekerde A voor de strafrechtelijke procedure, gezien het hem gemaakte verwijt, dekking vindt onder de rechtsbijstandverzekering.

invloed van alcohol een voertuig bestuurde.<sup>107</sup> In dat geval komt verzekerde immers geen beroep meer toe op de aansprakelijkheidsverzekering en riskeert de verzekeraar niet meer de mogelijkheid om uit te moeten keren aan het slachtoffer. De rechtsbijstandverzekeraar heeft in dit geval derhalve een perverse prikkel om rechtsbijstandverzekerde in de procedure niet optimaal bij te staan.

Het hier genoemde geval kan zich evengoed voordoen bij een cascoverzekering. Daarbij kan men denken aan het geval dat verzekerde een verkeersongeluk heeft gehad en deze voor zijn autoschade een beroep wil doen op de cascoverzekering. Indien verzekerde net als hiervoor tevens is betrokken in een strafrechtelijke procedure ter vaststelling van de schuldvraag ter zake het ongeluk, kan de verzekeraar er wat betreft de cascoverzekering belang bij hebben dat de schuld van verzekerde komt vast te staan. Het is immers goed mogelijk dat in de cascoverzekering een bepaling is opgenomen dat de verzekeraar niet hoeft uit te keren als verzekerde een zekere mate van (eigen) schuld heeft aan het ongeluk.

4.5.2.4 *Bij een veroordeling in een strafrechtelijke procedure komt de rechtsbijstandverzekerde geen beroep meer toe op diens rechtsbijstandverzekering bij dezelfde verzekeraar*

Dit geval is ten dele het spiegelbeeldige geval van de voornoemde situatie, in de zin dat verzekerde hier geen beroep toekomt op de rechtsbijstandverzekering in plaats van een andere verzekering. Het motief van de verzekeraar is echter hetzelfde, in de zin dat deze tracht te voorkomen dat onder een andere verzekering van verzekerde een financiële uitkering moet worden gedaan.

Men bedenke het geval waarin de rechtsbijstandverzekerde inzake een strafrechtelijke vervolging op grond van een onrechtmatige gedraging zelf een advocaat inschakelt, buiten de rechtsbijstandverzekering om, bijvoorbeeld omdat hij zich aanvankelijk niet herinnert dat hij over een rechtsbijstandverzekering beschikt met dekking voor strafzaken. Tegelijkertijd is deze verzekerde ook aansprakelijk gesteld, waarvoor hij zich bij de verzekeraar meldt voor aansprakelijkheidsdekking. Vervolgens wordt verzekerde strafrechtelijk veroordeeld. Om deze veroordeling aan te vechten, doet verzekerde – tot het besef gekomen dat hij over een rechtsbijstandverzekering beschikt met toereikende dekking – vervolgens een beroep op diens rechtsbijstandverzekering bij dezelfde verzekeraar. De verzekeraar zou, gezien deze nu een ander financieel belang op het spel heeft staan, geneigd kunnen zijn om verzekerde op oneigenlijke gronden dekking te ontfangen althans geen rechtsbijstand te verlenen. De achterliggende gedachte van de verzekeraar is immers allicht dat deze verzekerde met betrekking tot de aansprakelijkheidsverzekering wil tegenwerpen dat deze strafrechtelijk is veroordeeld. Een aansprakelijkheidsverzekering kan immers vaak een bepaling bevatten dat er geen dekking is als verzekerde in een strafrechtelijke procedure is veroordeeld vanwege diens onrechtmatige gedraging of bijvoorbeeld als een bepaalde mate van schuld of opzet is vastgesteld in een procedure.

107. Voor zover verzekerde – gezien het hem gemaakte verwijt – voor de strafrechtelijke procedure dekking heeft onder de rechtsbijstandverzekering.



#### 4.5.2.5 *Ongewenst delen van dossierinformatie van de rechtsbijstandverzekerde*

Een ander probleem dat zich ogenschijnlijk veelal bij de multibranche rechtsbijstandverzekeraar zal voldoen, is dat van het ongewenst 'lekker' van vertrouwelijke dossierinformatie. Hoewel de beschikbaarheid van dergelijke informatie binnen de muren van de onderneming van de verzekeraar op zichzelf nog geen probleem hoeft te zijn, verandert dit op het moment dat de wederpartij van de rechtsbijstandverzekerde op basis van een andersoortige verzekering een beroep op dezelfde verzekeraar doet. De dossierinformatie kan dan immers door de wederpartij en deze verzekeraar zelf tegen de rechtsbijstandverzekerde worden gebruikt. Men denke bijvoorbeeld aan een inschatting van de juridische haalbaarheid van het standpunt van een rechtsbijstandverzekerde die terecht komt in het verzekeringsdossier van diens wederpartij. Een ander voorbeeld is het lekken van de informatie (uit bijvoorbeeld een rechtsbijstandverzekeringsdossier) dat verzekerde tijdens het besturen van een motorvoertuig onder invloed was, hetgeen vervolgens leidt tot afwijzing van verzekerde zijn verzoek tot schadeloosstelling van zijn voertuigschade bij dezelfde verzekeraar (onder een cascoschadeverzekering).

Eidam 1984 stipt in dat verband de mijns inziens terechte bezwaren van de advocatuur aan.<sup>108</sup> Niet denkbeeldig is namelijk dat ook vertrouwelijke informatie uit het dossier van de advocaat, die op grond van de verzekering namens rechtsbijstandverzekerde optreedt, via verzekeraar in het dossier van de eveneens verzekerde wederpartij terecht komt. Zodoende kan de advocaat zijn plicht tot vertrouwelijkheid jegens de rechtsbijstandverzekerde niet borgen.

#### 4.5.2.6 *Uitvoeringsbepalingen van aansprakelijkheidsverzekeraars*

Naast de hierboven beschreven voorbeelden dient te worden gewezen op een destijds prangend probleem van belangenconflicten. Voorafgaand aan Richtlijn 87/344/EEG bestond een bestendige praktijk waarbij aansprakelijkheidsverzekeraars in Frankrijk en België onderling via uitvoeringsbepalingen afspraken maakten. Deze praktijk leidde tot veel belangenconflicten.<sup>109</sup>

De praktijk was aldus dat de verzekeringsmaatschappijen bij autoschades onderling de wettelijke aansprakelijkheid en het schadebeheer regelden. Op grond van onderlinge afspraken werden de schades forfaitair afgewikkeld, wat wil zeggen dat de verzekeraar van de schadeveroorzaker aan de verzekeraar van het slachtoffer een vastgesteld gemiddeld bedrag vergoedt, welk bedrag periodiek werd vastgesteld door een beroepsvereniging van de verzekeringsmaatschappijen. Het verschil tussen dit forfaitaire bedrag en de reële schade werd vervolgens gecompenseerd door de verzekeraar van het slachtoffer. De laatstgenoemde verzekeraar heeft er aldus belang bij om het daadwerkelijke schadebedrag zo laag mogelijk te houden. Indien het werkelijke schadebedrag lager ligt dan de forfait, komt het verschil ten gunste van

108. Eidam 1984, p. 196 e.v.

109. Verslag van de Juridische Commissie van het Europees Parlement 1981, p. 37. Zie ook Eidam 1984, p. 221 e.v.

de verzekeringsmaatschappij van het slachtoffer. Ligt het bedrag echter hoger, dan draagt de verzekeringsmaatschappij het meerdere van de schade.

Om de uitkomst van de schade-expertise, ter vaststelling van het werkelijke schadebedrag te beïnvloeden, hanteerden verzekeraars een systeem waarbij experts geaccrediteerd en periodiek genoteerd werden. De opdracht van de experts hield feitelijk in om het bedrag van de forfait te benaderen. De experts waren derhalve genegen om de schades onder het forfait vast te stellen om op goede voet met hun opdrachtgevers, de verzekeringsmaatschappijen, te blijven.

De genoemde praktijk van schaderegelingen kwam in strijd met het doel van de rechtsbijstandverzekering, waarbij juist het belang en de bescherming van de verzekerde centraal staat.<sup>110</sup> De combinatie van de branche van aansprakelijkheid en rechtsbijstand was in Frankrijk en België, waar dergelijke praktijken floreerden, niet goed denkbaar.

#### 4.6 Conclusie

In dit hoofdstuk heb ik de achtergrond van Richtlijn 87/344/EEG – de richtlijn inzake rechtsbijstandverzekering – beschreven. Deze richtlijn komt voort uit de in Verdrag van Rome van 1957 vervatte doelstelling van vrijheid van vestiging (artikel 52). In het Algemeen Programma van 1961 werd voorzien in richtlijnen ter harmonisatie van regelgeving omtrent het verzekeringsbedrijf.

De eerste stap in het streven naar de vrijheid van vestiging voor verzekeringsondernemingen ter zake het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, werd gezet met de uitvaardiging van de Richtlijn 73/239/EEG uit 1973. Deze richtlijn legde de basis voor de harmonisatie van het toezicht op verzekeringsondernemingen. Wat betreft het toezicht op onder meer de branche rechtsbijstandverzekering bevatte Richtlijn 73/239/EEG echter een specifieke uitzondering met een voorbehoud van een nadere regeling binnen een periode van vier jaar. Het duurde echter veel langer voordat een nadere regeling plaatsvond.

De vertraging die ontstond met betrekking tot de regeling van de branche rechtsbijstandverzekering heeft te maken met de verschillende opvattingen in de lidstaten omtrent de voorkoming en bestrijding van belangenconflicten. Zoals in dit hoofdstuk beschreven, had de Bondsrepubliek Duitsland een veel strengere opvatting over het voorkomen van belangenconflicten dan de overige lidstaten. In deze lidstaat was het ondenkbaar dat binnen dezelfde verzekeringsonderneming naast rechtsbijstand tegelijkertijd andere branches werden beoefend. Aldus gebood de Bondsrepubliek Duitsland de verzekeringsondernemingen specialisatie, hetgeen inhoudt dat de rechtsbijstandverzekering afgescheiden moest worden bedreven ('Spartentrennung').

Diverse soorten belangenconflicten kunnen zich voordoen bij de cumulatie van branches, waarvan ik in paragraaf 4.5 diverse voorbeelden besprak. Telkens hebben

110. Verslag van de Juridische Commissie van het Europees Parlement 1981, p. 38.

deze belangenconflicten gemeen dat de rechtsbijstandverzekeraar ter eigen gewin of gewin van een gelieerde maatschappij een informatievoordeel kan uitbuiten of dat de verzekeraar zich niet optimaal zal willen inzetten vanwege financiële belangen gelegen in een andere verzekeringsbranche bij de maatschappij of gelieerde maatschappij. Van deze belangenconflicten dient echter te worden onderscheiden het uitgangspunt dat een (rechtsbijstand)verzekeraar er altijd belang bij heeft om zo min mogelijk kosten te maken. Dit is inherent aan het product van de verzekering en was derhalve niet het onderwerp van de langsepende discussies tussen de lidstaten omtrent de bestrijding van belangenconflicten. Ten slotte valt ook het geval waarin twee met elkaar strijdende verzekerden een beroep doen op dezelfde rechtsbijstandverzekeraar striktgenomen niet onder het fenomeen belangenconflict, gezien dat specialisatie van de rechtsbijstandverzekering hier geen oplossing biedt.

In het volgende hoofdstuk zal ik voortborduren op het proces van harmonisatie van de rechtsbijstandverzekering, nu met een bespreking van de totstandkoming van Richtlijn nr. 87/344/EEG. Daarbij zal ik stil staan bij de tegen belangenconflicten getroffen maatregelen.

## Hoofdstuk 5

# Richtlijn 87/344/EEG<sup>111</sup>

### 5.1 Inleiding

In 1979, zes jaar nadat Richtlijn 73/239/EEG werd aangenomen, vaardigde de Europese Commissie het richtlijnvoorstel uit voor de latere richtlijn 87/344/EEG.<sup>112</sup> Op dat moment was het in Richtlijn 73/239/EEG voorziene moment van latere coördinatie voor onder meer de rechtsbijstandverzekering reeds twee jaar verstreken (art. 7 lid 2 onder c Richtlijn 73/239/EEG). Derhalve was de oplossing ten aanzien van de gehekelde specialisatie-eis van de Bondsrepubliek Duitsland reeds veel langer uitgebleven dan gepland.

Bovendien veranderde het landschap van de EEG. Oorspronkelijk bestond de EEG uit zes lidstaten, te weten: België, Nederland, Luxemburg, Frankrijk, Duitsland en Italië. Daar waren ten tijde van het uitvaardigen van Richtlijn 73/239/EEG drie lidstaten bijgekomen: het Verenigd Koninkrijk, Ierland en Denemarken (1973). Tijdens de ontwikkeling van Richtlijn 87/344/EEG trad ook Griekenland toe tot de EEG (1981). Een verdere complicerende factor was de destijds nog vigerende besluitvorming met eenparigheid van stemmen, zodat iedere lidstaat vetorecht had.

In dit hoofdstuk beschrijf ik de lange weg van het richtlijnvoorstel van de Europese Commissie tot aan het besluit van de Raad van de EEG waarin Richtlijn 87/344/EEG werd aangenomen. In het Europees Parlement alsook binnen de Raad van de EEG, tussen de lidstaten, bleek er grote verdeeldheid te bestaan over vraag of het systeem van de multibranche verzekeraars dusdanig kon worden verbeterd dat het reëel was om de Bondsrepubliek Duitsland te bewegen om afstand te doen van haar specialisatie-eis. Nadat het Europees Parlement in 1981 vier amendementen had ingediend betreffende het oorspronkelijke richtlijnvoorstel, heeft de Europese Commissie in 1982 een aangepast richtlijnvoorstel ingediend, dat door de Raad van de EEG in behandeling werd genomen. Bij de Raad van de EEG duurde het nog vijf jaar, inclusief een pauze van vier jaar, voordat Richtlijn 87/344/EEG werd aangenomen door de lidstaten.

Hieronder zal ik een gedetailleerdere weergave geven van het totstandkomingsproces van Richtlijn 87/344/EEG.

---

111. *Publicatieblad L 185 van 4 juli 1987, p. 77-80.*

112. COM(79)396def.

## 5.2 Oorspronkelijke richtlijnvoorstel van de Europese Commissie (1979)<sup>113</sup>

### 5.2.1 Inleiding

Op 19 juli 1979 diende de Europese Commissie haar oorspronkelijke voorstel voor een richtlijn in bij de Raad van de EEG. Uit de toelichting van het richtlijnvoorstel blijken de hoofddoelstellingen van het voorstel duidelijk. Als eerste doelstelling geldt, ingevolge Richtlijn 73/239/EEG, de nadere coördinatie van de branche van de rechtsbijstandverzekering (artikel 7 lid 2 onder c Richtlijn 73/239/EEG). In Richtlijn 73/239/EEG werd immers nog de status quo gehandhaafd wat betreft de Bondsrepubliek Duitsland en haar harmonisatie belemmerende specialisatie-eis (onder meer) gericht tot rechtsbijstandverzekeraars. Het onderhavige richtlijnvoorstel beoogde in het teken van de realisatie van de vrijheid van vestiging ten behoeve van rechtsbijstandverzekeringsmaatschappijen een einde te maken aan deze situatie. De toelichting op het voorstel bepaalde aldus:

‘In de richtlijn van 24 juli 1973 is in artikel 7, lid 2, onder c) deze feitelijke toestand aanvaard, maar uitsluitend als voorlopige regeling; daar wordt namelijk bepaald dat coördinatie moet plaatsvinden. Dit is het doel van deze richtlijn.’<sup>114</sup>

Het richtlijnvoorstel gaat derhalve uit van het *primaire* communautaire doel van de vrijheid van vestiging, waarbij concurrentievervalsende belemmeringen zoveel mogelijk moeten worden opgeheven door middel van harmonisatie. Tegelijkertijd onderkende de Europese Commissie dat het systeem van gespecialiseerde rechtsbijstandverzekeringsmaatschappijen de meeste belangenconflicten uitsluit en dus een grotere bescherming biedt aan rechtsbijstandverzekerden. Het richtlijnvoorstel beschreef daarbij als tweede doelstelling het voorkomen van belangenconflicten, hetgeen hoofdzakelijk geschiedt door de verbetering van het dualistische systeem (van multibranche maatschappijen):

‘Door de met deze richtlijn tot stand te brengen coördinatie kan de vrijheid van vestiging een feit worden en kunnen tevens belangenconflicten worden voorkomen. Deze coördinatie houdt hoofdzakelijk de verbetering in van het huidige dualistische systeem.’<sup>115</sup>

En later wordt in de preambule van de uiteindelijke richtlijn heel duidelijk onderstreept:

‘Overwegende dat met het oog op de bescherming van de verzekerden elk mogelijk belangenconflict tussen een voor rechtsbijstand verzekerde en zijn verzekeraar als gevolg van het feit dat deze hem heeft verzekerd voor een of meer andere, in de bijlage van richtlijn 73/239/EEG vermelde,

113. *Publicatieblad C-198 van 7 augustus 1979, p. 2-4.*

114. *Publicatieblad C-198 van 7 augustus 1979, p. 2-4.*

115. *Publicatieblad C-198 van 7 augustus 1979, p. 2-4.*

branches of dat hij een derde persoon heeft verzekerd, zoveel mogelijk moet worden voorkomen, en dat, als een dergelijk conflict zich voordoet, de oplossing ervan mogelijk moet worden gemaakt.<sup>116</sup>

Uit het oorspronkelijke richtlijnvoorstel van de Europese Commissie kan derhalve afgeleid worden dat het twee (hoofd)doelen dient. Dit is enerzijds het bevorderen van de vrijheid van vestiging ten behoeve van rechtsbijstandverzekeraars en anderzijds het voorkomen en bestrijden van belangenconflicten voortvloeiende uit de cumulatie van de rechtsbijstandverzekering met andere verzekeringsbranches, zulks ter bescherming van rechtsbijstandverzekerden.

De Europese Commissie heeft er kennelijk nadrukkelijk niet voor gekozen om — in lijn met de wens van Bondsrepubliek Duitsland — in haar richtlijnvoorstel het systeem van specialisatie van de rechtsbijstandverzekeringen dwingend voor te schrijven aan alle lidstaten. De Commissie verkoos daartegen een raamwerk aan regelingen waarmee het systeem van de multibranche rechtsbijstandverzekeraars werd verbeterd en omgeven met waarborgen ter voorkoming en bestrijding van belangenconflicten tussen verzekeraar en verzekerde. De Commissie sprak daarbij in het richtlijnvoorstel uit dat dergelijke belangenconflicten nadelig werken voor rechtsbijstandverzekerden.

Om deze tweede doelstelling van het richtlijnvoorstel, het voorkomen en bestrijden van belangenconflicten, te verwezenlijken, voorziet het richtlijnvoorstel in een combinatie van *operationele maatregelen*, gericht op de uitvoering van de rechtsbijstand door of krachtens de verzekeringsmaatschappij (de rechtsbijstandschaderegel), en *maatregelen ter zake contractuele waarborgen* welke dienen te worden opgenomen in de verzekeringsovereenkomst. De laatstgenoemde maatregelen bezitten veelal een informatief karakter of verschaffen de verzekerde onvervreembare rechten ter bescherming tegen de verzekeringsmaatschappij. Het (algemene) recht van vrije advocaatkeuze is een beschermende maatregel van deze laatste categorie.

In paragraaf 5.2.2 zal worden stilgestaan bij de belangenconflicten die de Europese Commissie hierbij met name voor ogen had, waarna in de daaropvolgende paragraaf 5.2.3 toegelicht wordt welke maatregelen de Commissie in dat verband voorzag.

### **5.2.2 Onderbouwing van de Europese Commissie van de noodzaak tot voorkoming van belangenconflicten**

Er zij aan herinnerd dat de via Richtlijn 87/344/EEG geboden harmonisatie behelsde dat de Bondsrepubliek Duitsland moest worden overtuigd om een compromis te sluiten en derhalve afstand te doen van haar specialisatie-eis aangaande rechtsbijstandverzekeringsondernemingen. De Europese Commissie onderkende tegelijkertijd de in hoofdstuk 4 besproken motieven van de Bondsrepubliek Duitsland om maatregelen te treffen tegen het fenomeen van belangenconflicten. Wat zijn nu

116. *Publicatieblad L 185 van 4 juli 1987, p. 0077-0080.*

de gevreesde belangenconflicten die de Europese Commissie vooral voorzag? De Europese Commissie onderscheidde in haar richtlijnvoorstel de volgende gevallen:<sup>117</sup>

1. Indien een verzekeraar die meerdere branches beoefent tegelijkertijd het risico van wettelijke aansprakelijkheid van de ene partij en dat van rechtsbijstand van de gelaedeerde partij verzekert, zal hij zich tegen zichzelf moeten keren (aldus zijn eigen voor het aansprakelijkheidsrisico verzekerde relatie aansprakelijk moeten stellen), hetgeen het gevaar inhoudt dat hij gelaedeerde niet voldoende zal verdedigen onder de rechtsbijstandverzekering om niet verplicht te zijn hem een al te hoge schadevergoeding te betalen.
2. Indien een verzekeraar die in verschillende branches werkzaam is voor dezelfde verzekerde het risico van wettelijke aansprakelijkheid en het risico van rechtsbijstand dekt, bestaat het gevaar dat hij verzekerde voor laatstgenoemd risico niet voldoende zal verdedigen:
  - indien hij als verzekeraar van de wettelijke aansprakelijkheid een verhaalsrecht kan uitoefenen tegen zijn eigen verzekerde (bijv. op basis van een door deze begane ernstige fout);
  - indien hij als verzekeraar van de wettelijke aansprakelijkheid een verdeling van de aansprakelijkheid voorstelt welke zijn verzekerde weigert;
  - indien hij als verzekeraar van de wettelijke aansprakelijkheid zelf de expertise moet verrichten en de schade moet vergoeden die door zijn eigen verzekerde is geleden, zulks op grond van tussen de verzekeraars gesloten privaatrechtelijke overeenkomst (conform de destijds bestaande praktijk in met name Frankrijk en België).<sup>118</sup>
3. Indien een in rechtsbijstand gespecialiseerde verzekeraar tot een financiële groep behoort, waarbij eveneens een verzekeraar voor aansprakelijkheid is aangesloten, kunnen de hierboven vermelde conflicten zich eveneens voordoen.<sup>119</sup>

Net als bij hetgeen in het vorige hoofdstuk in paragraaf 4.5 is besproken, is ook bij de hier door de Europese Commissie benoemde belangenconflicten steeds sprake van een belangentegenstelling die ontstaat door de situatie dat de verzekeraar meerdere branches uitoefent of indirect bemoeienis met andere branches heeft, waardoor bij verzekeraar een informatievoordeel alsmede een ongewenste financiële

117. Verslag van de Juridische Commissie van het Europees Parlement 1981, p. 16-17 en 36 e.v.

118. Het betreft hier gevallen waar de verzekeringsmaatschappijen onderling een vereenvoudigde schadeafwikkeling hebben geregeld, waarbij de verzekeringsmaatschappij onder de aansprakelijkheidsverzekering er belang bij heeft dat de schade door een expert zo laag mogelijk wordt vastgesteld, maar verzekerde er juist belang bij heeft dat de schade zo hoog mogelijk wordt vastgesteld en daarbij een beroep doet op diens rechtsbijstandverzekering bij dezelfde maatschappij. Zie paragraaf 4.5.2.

119. Aldus erkende de Europese Commissie dat de door de Bondsrepubliek Duitsland bevorderde oplossing van het specialisatiegebod ook niet *de* oplossing betekent voor het probleem van belangenconflicten. Zie paragraaf 4.4.

perverse prikkel ontstaat ten nadele van de rechtsbijstandverzekerde. De Europese Commissie zag ook in dat deze belangentegenstellingen zich ook kunnen voordoen bij de gespecialiseerde rechtsbijstandverzekeraar die binnen een concern opereert waarin eveneens een wettelijke aansprakelijkheidsverzekeraar zit. In dat laatste geval is de belangentegenstelling dan wel niet zo scherp als bij de multibranche verzekeraar maar evengoed aanwezig.

### 5.2.3 Maatregelen tegen belangenverstrengeling in het oorspronkelijke richtlijnontwerp van de Europese Commissie

Het richtlijnvoorstel van de Europese Commissie uit 1979 bevat een pakket aan maatregelen ter voorkoming en bestrijding van belangenconflicten. Deze maatregelen laten zich, zoals gezegd, hoofdzakelijk onderscheiden in een aantal maatregelen ten aanzien van de operationele inrichting van de dienstverlening (in natura) door of krachtens de verzekeringsmaatschappij, oftewel de rechtsbijstandschaderegeling, alsmede een aantal verplichte waarborgen en voorzieningen ten gunste van verzekerde die de verzekeraar moet regelen in de verzekeringsovereenkomst. Deze maatregelen zijn hoofdzakelijk gericht tot multibranche verzekeraars echter bevatten ook een aantal bepalingen gericht tot de gespecialiseerde rechtsbijstandverzekeraar.

In het richtlijnvoorstel zijn in totaal zeven maatregelen opgenomen in het kader van (overigens) verschillende typen belangenconflicten, met een enkele bepaling die niet op belangenconflicten maar op verschillen van inzicht tussen verzekerde en de verzekeringsmaatschappij ziet.<sup>120</sup>

1. De verplichting voor de multibranche verzekeraar om ten aanzien van rechtsbijstand een afzonderlijke boekhouding te voeren;
2. De verplichting voor deze multibranche verzekeraar om een afzonderlijke overeenkomst op te maken voor de rechtsbijstandsverzekering (vergelijk artikel 3 lid 1 Richtlijn 87/344/EEG);
3. Het aan de lidstaten verlenen van de mogelijkheid om de op hun grondgebied gevestigde multibranche verzekeraars te gebieden de schaderegeling inzake rechtsbijstand op te dragen aan een juridisch zelfstandige onderneming, oftewel 'schaderegelingskantoor' (vergelijk artikel 3 lid 2 onder b Richtlijn 87/344/EEG);
4. Voor de multibranche verzekeraars *die niet handelen conform de voorgaande bepaling*, de verplichting om de verzekerde behoorlijk te informeren met betrekking tot mogelijke belangenconflicten en hem de mogelijkheid te verschaffen zijn belangen toe te vertrouwen aan een advocaat van zijn keuze (de informatieverplichting en ruime vrije advocaatkeuze, vergelijk artikel 3 lid 2 onder c en artikel 7 Richtlijn 87/344/EEG);

120. Vergelijk het Verslag van de Juridische Commissie van het Europees Parlement 1981, p. 18.



5. Een algemeen recht van vrije advocaatkeuze voor verzekerde (vergelijk artikel 4 Richtlijn 87/344/EEG);
6. De verplichte arbitrageclausule of een gelijkwaardige procedure, wat wil zeggen een scheidsrechtelijke procedure bij een verschil van inzicht over de wijze van behandeling van het geschil door de rechtsbijstandverzekeraar (vergelijk artikel 6 Richtlijn 87/344/EEG);
7. Specifiek ten behoeve van gespecialiseerde rechtsbijstandverzekeraars: een verbod voor gespecialiseerde rechtsbijstandverzekeringsondernemingen om personeel en bestuursleden die betrokken zijn bij schaderegeling of het geven van juridische adviezen in functie te hebben die tegelijkertijd soortgelijke werkzaamheden beoefenen in een andere onderneming die financiële, commerciële of administratieve banden heeft met de rechtsbijstandverzekeringsonderneming (vergelijk artikel 3 lid 2 onder a Richtlijn 87/344/EEG).

Hieronder volgt een bespreking van de genoemde maatregelen, gerangschikt naar het soort maatregel, operationele maatregel of contractuele maatregel.

*Operationele maatregelen ten aanzien van de schaderegeling (in natura) door de verzekeringsmaatschappij en het schaderegelingskantoor*

Het richtlijnvoorstel voorziet in een aantal operationele maatregelen om de dienstverlening van of krachtens de rechtsbijstandverzekeraar te faciliteren en te borgen dat verzekerde wordt beschermd tegen de mogelijkheid van ontstaan van belangenconflicten.

Ad 1.

Met de eerste maatregel beoogde de Europese Commissie het zogenoemde gescheiden beheer te bevorderen. Aldus de Europese Commissie dient deze maatregel om een meer transparant beeld van de kosten gemoeid met de rechtsbijstandverzekering te geven.<sup>121</sup>

Ad 3.

Voor de multibranche verzekeringsmaatschappij werd de uitbesteding van de rechtsbijstandschaderegeling aan een juridisch zelfstandige onderneming, oftewel een 'schaderegelingskantoor' als de belangrijkste maatregel tegen belangenconflicten gezien. De dienstverlening wordt hierbij niet *door* maar *krachtens* de rechtsbijstandverzekeraar geleverd, via een in de verzekeringsovereenkomst genoemd zelfstandig kantoor dat zich toelegt op de behandeling van rechtsbijstandverzekeringsdossiers. Daarmee wordt bereikt dat de verzekeraar geen rechtstreekse bemoeienis heeft met schaderegeling en dat deze ook geen beschikking heeft over de (gevoelige) dossierinformatie (welke in geval van een belangenconflict tegen verzekerde kan worden gebruikt).

121. COM(79)396def., p. 5.

De maatregel van uitbesteding van de schaderegeling aan een juridisch zelfstandige onderneming, 'schaderegelingskantoor', is specifiek opgenomen om Bondsrepubliek Duitsland te bewegen om afstand te doen van haar specialisatie-eis.<sup>122</sup> Blijkens een werkdocument met toelichting van de Europese Commissie van 1980 aan het Europees Parlement werden in Nederland op het moment van uitvaardigen van het oorspronkelijke richtlijnvoorstel van de Commissie goede resultaten geboekt met het schaderegelingskantoor.<sup>123</sup> De Europese Commissie was klaarblijkelijk groot voorstander van het gebruik van het schaderegelingskantoor, waar zij verklaarde dat deze maatregel het vraagstuk van belangenconflicten kan oplossen.<sup>124</sup>

#### Ad 4.

Voor de overige multibranche verzekeringsmaatschappijen, die in hun dienstverlening geen gebruik maken van een schaderegelingskantoor, golden verzwaarde verplichtingen. De rechtsbijstandverlening van de verzekeringsmaatschappij is onder de voorwaarden gesteld van (1) het inzichtelijk maken van *alle* belangenconflicten die zich mogelijk kunnen voordoen in de behandeling en (2) de verplichting om verzekerde toe te staan (op een niet nader genoemd moment) zijn belangen verder door een door hem gekozen advocaat te laten behartigen.

Deze maatregel lijkt tegelijkertijd op een voorwaardelijk toegelaten interne dossierbehandeling door de verzekeringsmaatschappij. Uit deze maatregel blijkt tevens dat hier van de verzekeringsmaatschappij wordt verwacht dat hij verzekerde niet in het ongewisse laat over mogelijke belangenconflicten maar dat deze actief informeert over alle mogelijke belangenconflicten welke zich tussen hem en verzekerde voor kunnen doen. De bepaling biedt verzekerde kennelijk ook de mogelijkheid om het heft in eigen hand te nemen, door een eigen advocaat te kiezen (waarmee alsdan de verantwoordelijkheden van verzekerde voor de inhoudelijke behandeling eindigen). Echter, de tekst van de bepaling laat in het midden *wanneer* verzekerde dit recht kan verwezenlijken.

#### Ad 7.

Deze laatste operationele maatregel is niet gericht tot de multibranche onderneming maar tot de gespecialiseerde maatschappij. Ook ten aanzien van de gespecialiseerde maatschappij, die zich aldus enkel toelegt op de rechtsbijstandverzekering, is ter voorkoming van belangenconflicten een beschermingsmaatregel opgenomen. Hier is bepaald dat, vanwege banden die rechtsbijstandverzekeraar heeft met een andere verzekeringsmaatschappij die actief is in een of meerdere andere verzekeringsbranches, het personeel en bestuur belast met de schaderegeling en juridische adviezen bij de rechtsbijstandverzekeraar niet tegelijkertijd dezelfde werkzaamheden in die andere maatschappij mag uitvoeren.

122. COM(79)396def., p. 5.

123. Zie Werkdocument 30/80 van de Europese Commissie, Cousy & Claassens 1983, p. 98: 43,9% van het geïncasseerde premietotaal in 1977 betrof rechtsbijstandverzekeringen van multibranche maatschappijen waarbij de schaderegeling was uitbesteed aan schaderegelingskantoren.

124. COM(79)396def., p. 5.

*Contractuele garanties ten behoeve van verzekerden*

## Ad 2.

Wanneer een aparte overeenkomst voor de rechtsbijstandverzekering wordt opgesteld, met aparte vermelding van premie en de inhoud van de dekking, acht de Europese Commissie de verzekerden beter in staat hun rechten inzake de rechtsbijstandverzekering te bepalen.

## Ad 5.

Het betreft hier net als artikel 4 Richtlijn 87/344/EEG een algemeen recht van vrije advocaatkeuze. Dit betreft dan ook de voorloper van de bepaling van artikel 4 Richtlijn 87/344/EEG. Deze bepaling kent echter een abstracter geformuleerd criterium dan dat van artikel 4 Richtlijn 87/344/EEG. Blijkens de toelichting van de Europese Commissie heeft het recht van vrije advocaatkeuze een complementair karakter ten opzichte van de dienstverlening door of krachtens de verzekeringsmaatschappij, waarvoor de voornoemde operationele waarborgen gelden. De Commissie beschreef hier dat de noodzaak tot het betrekken van een (externe) advocaat in de zaaksbehandeling (in)leidend is voor gelding van dit keuzerecht. Wordt eenmaal overgegaan tot het inschakelen van een externe advocaat, dan heeft verzekerde daarbij de vrije keuze.

De Europese Commissie lichtte verder toe dat belangenconflicten zich niet enkel binnen de onderneming van de rechtsbijstandverzekerder konden voordoen maar ook daarbuiten, op het niveau van de advocaat die wordt verzocht verzekerde verder bij te staan. Dit laatste is het geval wanneer deze advocaat banden heeft met de onderneming van de rechtsbijstandverzekerder of het concern waarbinnen de rechtsbijstandverzekerder opereert, die alsdan in een bezwaarde positie zou geraken. Om te voorkomen dat het belangenconflict alsnog via deze (huis)advocaat van de verzekeringsmaatschappij zou opspelen, heeft de Europese Commissie voorgesteld dat verzekerde diens advocaat kan kiezen wanneer de inschakeling van een advocaat aan de orde is.<sup>125</sup>

Aangezien deze bepaling de basis vormde voor artikel 4 Richtlijn 87/344/EEG zal in paragraaf 6.2 uitgebreider op de ratio en tekst van deze bepaling worden ingegaan.

## Ad 6.

De maatregel van de arbitrageclausule of daaraan gelijkwaardige procedure, oftewel de scheidsrechterlijke procedure, is een vreemde eend in de bijt binnen het pakket aan maatregelen van het richtlijnvoorstel. De scheidsrechterlijke procedure betreft immers geen maatregel ter voorkoming of bestrijding van belangenconflicten. De maatregel bevat evenzogoed een beschermingsmaatregel voor de verzekerde, daar

---

125. COM(79)396def., p. 6.

het hem een onafhankelijke beoordeling verschaft wanneer tussen hem en verzekerde een verschil van inzicht is ontstaan ten aanzien van de in zijn dossier te volgen gedragslijn. De scheidsrechterlijke procedure is bijvoorbeeld van toepassing wanneer tussen rechtsbijstandverzekeraar en verzekerde verschil van inzicht bestaat over de vraag of er een procedure moet worden gestart.<sup>126</sup> Deze maatregel ziet dan ook hooguit op de eerder als oneigenlijk aangeduide belangenconflicten, waarbij verzekeraar in zijn algemeenheid erbij gebaat is een minder kostbare behandeling van het geschil na te streven, om kosten te besparen, terwijl verzekerde een (meer kostbare) procedure wenst te voeren (zie voorts paragraaf 4.5).

### 5.3 Behandeling van het richtlijnvoorstel bij het Europees Parlement

#### 5.3.1 Algemeen

Het oorspronkelijke richtlijnvoorstel van de Europese Commissie uit 1979 is zoals gebruikelijk voorgelegd aan een aantal adviesorganen binnen de EEG. Conform de raadplegingsprocedure is het Europees Parlement geraadpleegd over het richtlijnvoorstel. Daarnaast werd door het Economisch en Sociaal Comité een advies uitgebracht over het richtlijnvoorstel. Het gemeenschappelijk advies van het Europees Parlement en het advies van het Economisch en Sociaal Comité vormden de aanleiding voor de Europese Commissie om een aangepast richtlijnvoorstel uit te brengen. Ik bespreek dit aangepast voorstel nog in paragraaf 5.5. In deze paragraaf wordt allereerst de procedure en inhoudelijke behandeling bij het Europees Parlement beschreven.

Ter voorbereiding van de plenaire behandeling van het richtlijnvoorstel heeft het Europees Parlement een drietal commissies aangesteld, die ieder ter zake adviseerden. Daarbij werd de Juridische Commissie, onder leiding (uiteindelijk)<sup>127</sup> van K.L. De Gucht, als commissie ten principale aangesteld. De andere twee commissies, Commissie voor milieubeheer, volksgezondheid en consumentenbescherming en de Economische en Monetaire Commissie, adviseerden afzonderlijk, welke adviezen door de Juridische Commissie in haar rapportage werden verwerkt. De Juridische Commissie besprak het richtlijnvoorstel uitgebreid en droeg een aantal amendement op het richtlijnvoorstel aan.

Hieronder zal ik de verschillende rapporten bespreken, beginnend met de (pre)adviezen van de Commissie voor milieubeheer, volksgezondheid en consumentenbescherming en daarna dat van de Economische en Monetaire Commissie. Vervolgens bespreek ik het rapport van de commissie ten principale, de Juridische Commissie. Uiteindelijk bespreek ik de plenaire beraadslaging binnen het Europees Parlement en het daarna geamendeerde advies van het Europees Parlement.

126. COM(79)396def., p. 6.

127. Allereerst was rapporteur Europarlementariër Vanderpoorten aangesteld, welke vanwege zijn vertrek uit het Europees Parlement werd vervangen door De Gucht.

### 5.3.2 Preadviezen van de mede-adviserende commissies binnen het Europees Parlement

#### 5.3.2.1 *Advies van de Commissie voor milieubeheer, volksgezondheid en consumentenbescherming*<sup>128</sup>

De Commissie voor milieubeheer, volksgezondheid en consumentenbescherming van het Europees Parlement behandelde het richtlijnvoorstel van de Europese Commissie op 24 september 1980. Deze commissie nam scherp stelling in tegen het richtlijnvoorstel. Volgens de parlementaire commissie werden de hoofddoelstellingen van het richtlijnvoorstel niet bereikt door middel van de voorgestelde maatregelen. Aldus de commissie realiseerde het richtlijnvoorstel noch harmonisatie van de rechtsbijstandverzekering – aldus het bevorderen van vrijheid van vestiging voor de rechtsbijstandverzekeringsbranche – noch dat belangenconflicten tussen verzekerde en verzekeringsmaatschappij zouden worden voorkomen of bestreden.

De onderhavige commissie van het Europees Parlement hekelde ook dat de maatregel van uitbesteden van de rechtsbijstandschaderegeling aan een juridisch zelfstandige onderneming louter optioneel was gesteld in het richtlijnvoorstel (art. 3 lid 4 van het oorspronkelijke richtlijnvoorstel). Dit achtte de commissie onvoldoende om het doel van harmonisatie te bereiken. In dat verband vroeg de commissie zich ook af of de uitbesteding van de schaderegeling aan een juridisch zelfstandige onderneming, vanuit mededingingsrechtelijk perspectief, is te verkiezen boven de destijds bestaande situatie in Bondsrepubliek Duitsland, waar specialisatie verplicht was.

Deze parlementaire commissie was vooral resoluut over het effect van het richtlijnvoorstel op het voorkomen en bestrijden van belangenconflicten. De commissie achtte de maatregelen van het richtlijnvoorstel daartoe ‘ongeschikt’. De maatregelen van gescheiden beheer (art. 3 lid 1 en 2 van het oorspronkelijke richtlijnvoorstel) vond de commissie niet toereikend. De informatieverplichting (art. 3 lid 4 van het richtlijnvoorstel) vond de commissie bovendien te subjectief en niet oplossingsgericht.

Ook ten aanzien van de voorgestelde vrije advocaatkeuze was de commissie niet positief. Hij ging zo ver om te stellen dat de vrije advocaatkeuze niet toereikend was omdat de advocaat en verzekerde niet vrijelijk het verloop van het dossier konden bepalen. De commissie voorzag daarbij dat de verzekeringsmaatschappij alsnog teveel bemoeienis zou hebben omdat de rechtsbijstandverzekeraar conform het richtlijnvoorstel van 1979 de dekkingstoezegging ten aanzien van de advocaatkosten moet geven en de opdracht aan de advocaat moet verstrekken. Derhalve was voor de commissie ook de vrije advocaatkeuze in deze context niet de oplossing voor externe belangenconflicten omdat een perverse invloed van de rechtsbijstandverzekeraar zou blijven uitgaan.

128. Verslag van de Juridische Commissie van het Europees Parlement 1981, p. 23 e.v.

Op basis van de voornoemde overwegingen kwam de Commissie voor milieubeheer, volksgezondheid en consumentenbescherming tot de slotsom dat zij het richtlijnvoorstel liever ingetrokken zag. Als alternatief gaf de commissie in overweging om het specialisatiegebod voor rechtsbijstandverzekeraars als mogelijkheid te behouden en voor multibranche verzekeringsmaatschappijen tenminste te gebieden om de rechtsbijstandschaderegeling aan een schaderegelingskantoor uit te besteden.

#### 5.3.2.2 *Advies van de Economische en Monetaire Commissie*

De Economische en Monetaire Commissie van het Europees Parlement was veel minder kritisch en aanmerkelijk positiever. Zij ondersteunde het voorstel van de Europese Commissie overwegend.

Deze commissie achtte het gescheiden beheer een bevredigende maatregel ter voorkoming van belangenconflicten bij multibranche ondernemingen. Zij stuurde wel aan op het inzichtelijk maken van de kosten die uit het gescheiden beheer voor multibranche verzekeraars voortvloeien.

Ter zake de vrije advocaatkeuze als maatregel ter voorkoming en opheffing van belangenconflicten was de commissie louter positief. Wat betreft de redactie van de bepaling in het richtlijnvoorstel merkte de commissie enkel op dat duidelijker kon worden bepaald welke verplichtingen de gespecialiseerde ondernemingen hebben in het verlenen van de vrije advocaatkeuze. Waar in het richtlijnvoorstel ten aanzien van de multibranche verzekeraar nadrukkelijk was bepaald dat de vrije advocaatkeuze als subsidiaire waarborg gold (art. 3 lid 4 van het richtlijnvoorstel), was in zijn algemeenheid, zowel voor multibranche als gespecialiseerde maatschappijen, geregeld dat een recht van vrije advocaatkeuze als minimumnorm moest worden gegarandeerd. De bewoording van de bepaling (art. 5) was allicht wat cryptisch: 'Telkens wanneer de vertegenwoordiging en de verdediging van de belangen van een voor rechtsbijstand verzekerde aan een advocaat moeten worden opgedragen (...)'.

De slotsom is derhalve dat de Economische en Monetaire Commissie zich in grote mate kon vinden in de voorgestelde maatregelen, zodat hij ook geen concrete aanpassingsvoorstellen aandroeg.

#### 5.3.3 **Advies van de Juridische Commissie van het Europees Parlement**<sup>129</sup>

Naast de hiervoor genoemde mede-adviserende commissies werd de Juridische Commissie van het Europees Parlement als commissie ten principale benoemd om een gedetailleerd advies over het richtlijnvoorstel van 1979 uit te brengen. In een uitgebreide rapportage heeft de Juridische Commissie het Europees Parlement geadviseerd.

Uitgangspunt van het onderhavige richtlijnvoorstel van de Europese Commissie was, in lijn met de eerste richtlijn schadeverzekeringen Richtlijn 73/239/EEG (art.

129. Verslag van de Juridische Commissie van het Europees Parlement 1981.

7 lid 2 onder c), dat het specialisatiegebod (oftewel de 'Spartentrennung') werd afgeschaft. Bijzonder aan het onderzoek en verslag van de Juridische Commissie was dat zij zichzelf daarbij nadrukkelijk de voorvraag stelde: was het wel aan te bevelen om het specialisatiegebod af te schaffen ten gunste van de multibranche verzekeringsmaatschappijen? Over deze vraag bleek de Juridische Commissie uiterst verdeeld.

Rapporteur De Gucht bleek een uitgesproken voorkeur te hebben voor het Duitse systeem van specialisatie. Naar zijn mening gaven de voorgestelde maatregelen van de Europese Commissie onvoldoende tegenwicht aan de belangenconflicten welke zich bij multibranche verzekeraars voordeden.<sup>130</sup> Ook kon De Gucht zich niet vinden in de visie van de Europese Commissie dat het onwenselijk was om, overeenkomstig de wens van Bondsrepubliek Duitsland, de specialisering van de rechtsbijstand op te leggen aan de rest van de Europese Gemeenschap.<sup>131</sup> De Gucht benadrukte in dat verband onder meer dat 75% van de totale omzet in de gemeenschappelijke rechtsbijstand verzekeringsbranche geïnd werd in Bondsrepubliek Duitsland. Ten slotte concludeerde de rapporteur dat het systeem van specialisatie leidde tot vergelijkbare of zelfs lagere premies en gelijke of betere verzekeringsdekking, zulks tegengaande de gedachte dat specialisatie tot hogere kosten leidde.

De Juridische Commissie kon de doelstellingen van het richtlijnvoorstel pas steunen na een fundamentele stemming van de leden, welke ten gronde ging over de vraag welk systeem moest prevaleren: het multibranche systeem of het systeem van specialisatie. Met een nipte meerderheid verkoos men de afschaffing van de specialisatie-eis van de Bondsrepubliek Duitsland, waarmee derhalve de gedachte achter het richtlijnvoorstel van 1979 van de Europese Commissie werd gesteund.<sup>132</sup> Aanluitend ging de parlementaire commissie over tot het beoordelen van de diverse maatregelen van het richtlijnvoorstel.

Rapporteur De Gucht was in de conclusie van zijn verslag stellig over de voorliggende maatregelen van de Europese Commissie. Enkel het *verplicht* uitbesteden van de rechtsbijstandschaderegeling aan een juridisch zelfstandige onderneming kon volgens hem belangenverstrengeling voorkomen bij de multibranche verzekeraar.<sup>133</sup> Zodoende werd de schaderegeling *geheel* aan de invloedssfeer van verzekeraar onttrokken. In het richtlijnvoorstel van de Europese Commissie was uitbesteding aan een schaderegelingskantoor echter (slechts) facultatief, om welke reden De Gucht in de rapportage van de Juridische Commissie zelf tot afkeuring van het richtlijnvoorstel kwam.

Een tweede besproken maatregel, die evenwel op de instemming van De Gucht kon rekenen, was het beginsel van de vrije advocaatkeuze.<sup>134</sup> Ter voorkoming en

130. Verslag van de Juridische Commissie van het Europees Parlement 1981, p. 48.

131. Verslag van de Juridische Commissie van het Europees Parlement 1981, p. 40 e.v.

132. Verslag van de Juridische Commissie van het Europees Parlement 1981, p. 51. Bij 10 stemmen voor het monobranche systeem van Duitsland en 10 voor het dualistische systeem zoals in het richtlijnvoorstel van de Europese Commissie bleef het richtlijnvoorstel overeind en sprak de Juridische Commissie zich niet uit voor het Duitse systeem.

133. Verslag van de Juridische Commissie van het Europees Parlement 1981, p. 46.

134. Verslag van de Juridische Commissie van het Europees Parlement 1981, p. 48-49.

het tegengaan van belangenconflicten, zou de toevlucht van verzekerde tot een door hem gekozen advocaat uitkomst kunnen bieden. De Gucht, zelf een advocaat die regelmatig optrad voor rechtsbijstandverzekeraars,<sup>135</sup> merkte hierover echter op dat de praktijk dikwijls leerde dat zaken veelvuldig worden afgewikkeld zonder tussenkomst van een advocaat.

Na de voornoemde principiële stemming, waarbij men met nipte meerderheid de steun voor het richtlijnvoorstel uitsprak, werd door de Juridische Commissie een viertal amendementen voorgesteld. Eveneens werd het standpunt van de dissidenten, de minderheidsstem, verwoord in het advies van de Juridische Commissie. De commissie stelde de navolgende amendementen voor:<sup>136</sup>

1. naast een vrije advocaatkeuze eveneens de vrije keuze van expert voor de rechtsbijstandverzekerde;
2. vergoeding van ten minste de helft van de kosten van deze vrijelijk gekozen expert;
3. bepaling dat rechtsbijstandverzekerde bij de scheidsrechtelijke procedure van artikel 6 van het richtlijnvoorstel niet meer dan de helft van de kosten daarvan hoeft te dragen;
4. het voorschrift aan de lidstaten tot oprichting van een controleorgaan samengesteld uit vertegenwoordigers van verzekeraars, verzekerden en de overheid, welke op de naleving van de maatregelen van het richtlijnvoorstel controleert, ter zake boetes oplegt aan verzekeringsmaatschappijen en klachten behandelt.

#### 5.3.4 Behandeling van het richtlijnvoorstel in plenaire vergaderingen van het Europees Parlement<sup>137</sup>

Het rapport van de Juridische Commissie werd voorgelegd aan het Europees Parlement. Op basis van het rapport zijn op 6 juli 1981 en 17 september 1981 beraadslagingen gehouden in plenaire vergaderingen van het Europees Parlement. Het richtlijnvoorstel en de standpunten daaromtrent zijn daarbij toegelicht door de verantwoordelijke vertegenwoordigers van de hiervoor benoemde parlementaire commissies en de vicevoorzitter van de Europese Commissie Tugendhat. Ik bespreek hieronder hun standpunten in de plenaire vergaderingen gewijd aan het richtlijnvoorstel uit 1979 alsmede enkele relevante standpunten van andere Europarlementariërs.

Door de vicevoorzitter Tugendhat werd namens de Europese Commissie bevestigd dat de vrije advocaatkeuze een centrale bepaling is van het richtlijnvoorstel van 1979.<sup>138</sup> Tugendhat lichtte in de parlementaire vergaderingen toe dat de vrije advocaatkeuzebepaling beoogt te voorkomen dat er bij de vaste huisadvocaat van de

135. Zie Bruin 1982, p. 231.

136. Verslag van de Juridische Commissie van het Europees Parlement 1981, p. 5-8.

137. *Handelingen van het Europees Parlement* d.d. 6 juli 1981 en 17 september 1981.

138. *Handelingen van het Europees Parlement* d.d. 6 juli 1981, p. 13.



multibranche verzekeraar een tweestrijd ontstaat vanwege enerzijds diens opdracht om op te treden voor de rechtsbijstandverzekerde, waar hij anderzijds op goede voet wenst te blijven met zijn vaste opdrachtgever, de multibranche verzekeraar.<sup>139</sup> De vicevoorzitter onderstreepte dat deze maatregel van het recht van vrije advocaatkeuzebepaling in veel lidstaten nog niet gold voor multibranche verzekeraars.

Bovendien heeft Tugendhat namens de Europese Commissie toegelicht waarom er niet voor was gekozen om het systeem van specialisatie op te leggen aan alle lidstaten. Naar het oordeel van de Europese Commissie bestonden er ook belangenconflicten bij een gespecialiseerde rechtsbijstandverzekeraar.<sup>140</sup> Ten eerste wees de Commissie daartoe op de universele belangenconflicten in de zin dat de verzekeringsmaatschappij beide partijen in een juridisch geschil voor rechtsbijstand verzekerd heeft.<sup>141</sup> Ten tweede gaf de commissie aan dat bij de gespecialiseerde onderneming er ook belangenconflicten kunnen bestaan wanneer deze binnen een concern met maatschappijen opereren waarin ook andere verzekeringsbranches worden gevoerd.

Tugendhat gaf bovendien een inkijk in de achtergrond van opneming van de maatregel van uitbesteding aan een zelfstandig schaderegelingskantoor.<sup>142</sup> De vicevoorzitter onderstreepte dat deze voorziening was opgenomen met het oog op de Bondsrepubliek Duitsland en eveneens ten behoeve van Nederland — waar deze maatregel was ontwikkeld — als alternatief voor specialisatie. In voorbereidende overleggen heeft de Europese Commissie onder meer de werking van deze maatregel onderzocht, met positieve bevindingen.

Namens de Commissie voor milieubeheer, volksgezondheid en consumentenbescherming gaf mevrouw Seibel-Emmerling een toelichting op het advies van haar commissie. Seibel-Emmerling gaf namens haar commissie te kennen dat het richtlijnvoorstel vanuit het oogpunt van consumentenbescherming onaanvaardbaar was. Daartoe heeft zij in grote lijnen de inhoud van het advies van haar commissie herhaald. Aldus de commissie dienden in de branche van de rechtsbijstandverzekering alle financiële banden met andere branches te worden voorkomen, hetgeen volgens haar in geen enkele lidstaat was gelukt. Ook in de Bondsrepubliek Duitsland werd immers toegestaan dat rechtsbijstandverzekeraars in concernvorm met eveneens andersoortige verzekeringsbranches opereren.

Europarlementariër Tyrrell van de Europese Democratische Fractie kantte zich tegen het gebruik van de maatregel van uitbesteding van de schaderegeling aan een juridisch zelfstandig schaderegelingskantoor.<sup>143</sup> Aldus Tyrrell zou de maatregel zijn doel voorbijschieten omdat belangenconflicten volgens de fractie evenzogoed bij de schaderegeling binnen dit zelfstandige kantoor zouden optreden. Deze maatregel zag hij aldus liever geschrapt. Daarentegen juichte Tyrrell vooral het recht van vrije advocaatkeuze toe, als ultimum remedium voor consumenten. Tyrrell wees

139. Zie paragraaf 5.2.

140. *Handelingen van het Europees Parlement* d.d. 6 juli 1981, p. 13.

141. Vergelijk paragraaf 4.5.

142. *Handelingen van het Europees Parlement* d.d. 6 juli 1981, p. 13.

143. *Handelingen van het Europees Parlement* d.d. 17 september 1981, p. 210-211.

in tegenstelling tot de Commissie voor milieubeheer, volksgezondheid en consumentenbescherming juist op de bijkomende kosten van het treffen van extra maatregelen (van andere aard) ter bescherming van verzekerden met bijgevolg stijgende premies. Overeenkomstig het standpunt van de Europese Commissie wees Tyrrell de specialisatie van rechtsbijstandverzekering als de oplossing van de hand, daar bij de gespecialiseerde ondernemingen ook belangenconflicten kunnen voorkomen.

Ook de Liberale en Democratische Fractie ging bij monde van lid Geurtsen in op het richtlijnvoorstel.<sup>144</sup> De fractie was in de meerderheid van opvatting dat verplichte specialisatie ofwel uitbesteding aan een schaderegelingskantoor de sleutel bood voor belangenconflicten. Aparte vermelding verdient evenwel het standpunt van de fractie ten aanzien van de vrije advocaatkeuze. Geurtsen wees erop dat hij niet onderschreef dat de advocaatkosten aan banden moesten kunnen worden gelegd. Bovendien wees hij erop dat hij de maatregel van het vrije advocaatkeuzerecht uit het richtlijnvoorstel van 1979 in die zin opvatte dat het niet enkel strekte tot de processuele fase maar ook daarbuiten, tot de preprocesuele fase.<sup>145</sup>

Ten slotte vermeld ik het standpunt van lid van de Europese Commissie Narjes ten aanzien van de vrije advocaatkeuze, dat inging op een belangrijk aspect van het recht van vrije advocaatkeuze.<sup>146</sup> Door hem werd genoemd dat er stemmen opgingen om een bindend advocatentarief met betrekking tot rechtsbijstandverzekeringen op te nemen in het richtlijnvoorstel. Hij haakte daarop in met de stelling dat een bindend tarief niet tegemoet zou komen aan de belangen van rechtsbijstandverzekerden, omdat daarmee goede advocaten uit de markt zouden worden geprezen. Bovendien — zo vervolgde de commissievertegenwoordiger — was de richtlijn inzake rechtsbijstandverzekering niet het geëigende middel om Europees in een algemene tariefregulering te voorzien.

Na de hiervoor gegeven weergave van een aantal standpunten heeft het Europees Parlement op basis van een plenaire stemming een resolutie aangenomen met een advies omtrent het richtlijnvoorstel van de Europese Commissie.<sup>147</sup> In dit advies zijn behoudens enkele redactionele aanpassingen twee wijzigingsvoorstellen aangebracht, namelijk:

- Naast de vrije advocaatkeuze ook de vrije keuze van expert waarbij ten minste de helft van de kosten van deze expert ten laste van de verzekeraar komen.
- De verplichting voor de lidstaten om een controleorgaan op te richten of in te regelen ter bewaking van de naleving van de bepalingen van de richtlijn, met de bevoegdheid van vergunningverlening, oplegging van boetes aan ver-

144. Handelingen van het Europees Parlement d.d. 17 september 1981, p. 211-212.

145. Aldus berust de visie van Geurtsen op een uitleg van de norm voor het intreden van het recht van vrije advocaatkeuze in artikel 5 van het richtlijnvoorstel uit 1979. Het richtlijnvoorstel van de Europese Commissie licht niet concreet toe wanneer een recht van vrije advocaatkeuze geldt, hetgeen verder wordt toegelicht in hoofdstuk 4.

146. Handelingen van het Europees Parlement d.d. 17 september 1981, p. 213.

147. Publicatieblad 1981 C-260, p. 74 e.v.

zekeringsmaatschappijen en het behandelen van klachten van belanghebbenden, zulks onverminderd de bevoegdheid van nationale gerechtelijke instanties.

#### 5.4 Advies van het Economisch en Sociaal Comité<sup>148</sup>

Het richtlijnvoorstel is vervolgens conform de gebruikelijke procedure voor advies voorgelegd aan het Europees en Sociaal Comité. Op grond van artikel 198 van het Verdrag van Rome 1957 heeft het comité na beraadslagingen op 19 en 20 november 1980 advies uitgebracht. Het advies van het Economisch en Sociaal Comité is driedig.

Allereerst adviseerde ook het comité om de uitbesteding van de schaderegeling voor multibranche rechtsbijstandverzekeraars verplicht te stellen. Aldus het comité werkt het als facultatief voorstellen van deze maatregel concurrentieverstorend. Bovendien zag het comité het als de meest gerede oplossing ter voorkoming van belangenconflicten. Ten slotte merkte het comité op dat het systeem van uitbesteding aan een schaderegelingskantoor, ten gunste van de consument, kostenverlappend werkt, daar uitbesteding aan advocaten zodoende wordt voorkomen.

Ten tweede pleitte het Economisch en Sociaal Comité voor het doortrekken, naar multibranche verzekeraars, van het aan gespecialiseerde ondernemingen gerichte verbod om personeel en bestuursleden die betrokken zijn bij schaderegeling of het geven van juridische adviezen in functie te hebben die tegelijkertijd soortgelijke werkzaamheden beoefenen in een andere onderneming die financiële, commerciële of administratieve banden heeft met de rechtsbijstandverzekeringsonderneming (art. 4 van het richtlijnvoorstel). In het richtlijnvoorstel gold dit verbod slechts voor gespecialiseerde ondernemingen, ten behoeve van het voorkomen van kruisbestuiving binnen concernverband.

Ten derde, ten aanzien van de vrije advocaatkeuze, stelde het comité een aantal aanpassingsvoorstellen voor. Het comité wenste de modaliteiten voor inschakeling van de advocaat vastgelegd te zien. Ook zag het comité graag dat met betrekking tot het vrije advocaatkeuzerecht maatregelen van territoriale aard werden vastgelegd in het richtlijnvoorstel.<sup>149</sup> Eveneens stelde het comité een kleine redactionele aanpassing voor van het algemene vrije advocaatkeuzeartikel (art. 5 van het richtlijnvoorstel): '*Voor zover de vertegenwoordiging en de verdediging van de belangen van een voor rechtsbijstand verzekerde aan een advocaat moeten worden opgedragen, moet de verzekerde deze vrij kunnen kiezen.*'.

Voor het overige — op enkele redactionele aanpassingen na — steunde het comité het richtlijnvoorstel.

148. *Publicatieblad* 1980 C-348, p. 22-23.

149. Een toelichting omtrent wat voor bepalingen dit moeten zijn ontbreekt in het advies van het comité.

## 5.5 **Aangepast richtlijnvoorstel van de Europese Commissie<sup>150</sup>**

Na kennisneming van de in de hiervoor besproken adviezen heeft de Europese Commissie de gelegenheid benut om een aangepast richtlijnvoorstel uit te vaardigen en het oorspronkelijke voorstel in te trekken.<sup>151</sup> Dit aangepaste richtlijnvoorstel is in 1982 aldus voorgelegd aan de Raad van de Europese Economische Gemeenschappen. In deze paragraaf stip ik nog kort de belangrijkste wijzigingen ten opzichte van het oorspronkelijke voorstel aan. Ook van belang is dat het aangepaste richtlijnvoorstel een andere systematiek kent en een aantal wijzigingen wat betreft definities bevat.

Een herhaaldelijk terugkomend thema in de discussie over het oorspronkelijke richtlijnvoorstel uit 1979 was de vraag of de uitbesteding aan het schaderegelingskantoor als maatregel ter voorkoming van belangenconflicten al dan niet verplicht moest worden gesteld. De Europese Commissie beslechtte deze discussie door de maatregel als facultatief te behouden. De Commissie overwoog dat het als verplicht opnemen van deze maatregel de structuur van multibranche verzekeraar te zwaar zou doorkruisen en dat in het tweede richtlijnvoorstel uit 1982 was voorzien in andere bevredigende maatregelen.<sup>152</sup> De mogelijkheid van uitbesteding van de schaderegeling aan een schaderegelingskantoor bleef derhalve optioneel.

Voor de multibranche verzekeraar die niet voor uitbesteding van de schaderegeling koos, gold echter een extra zware informatieverplichting. Gelijk aan het oorspronkelijke voorstel moest deze verzekeringsmaatschappij niet alleen verzekerde de mogelijkheid bieden om diens advocaat te kiezen (zie paragraaf 3.2 onder nummer 4) maar daarnaast werd ook bepaald dat reeds bij contractsluiting moest worden gewezen op alle mogelijke belangenconflicten die zich tussen haar en de verzekerde zouden kunnen voordoen. Dit week af van het uitgangspunt in het eerste richtlijnvoorstel dat pas bij tussenkomst van de verzekeringsmaatschappij na een gemelde schade, aan deze verplichting moest worden voldaan. Deze vervroegde informatieverplichting werd door de Europese Commissie onderbouwd met de toelichting dat de informatie bij tussenkomst voor verzekerde alsdan te laat is aangezien er zich dan reeds een belangenconflict kan voordoen.<sup>153</sup>

De vrije advocaatkeuzebepaling is behoudens een kleine redactionele aanpassing ongewijzigd gebleven. De Europese Commissie wees daarmee de in de voorgaande paragraaf besproken wijzigingsvoorstellen van het Economisch en Sociaal Comité van de hand. De Commissie was anders dan het comité van oordeel dat de vrije advocaatkeuzebepaling niet territoriaal kon worden beperkt (bijvoorbeeld geen advocaat gevestigd in Rome voor een geschil in Parijs in een Franse zaak) aangezien dit volgens de Commissie in strijd zou komen met het recht van vrij verkeer van

150. COM(82)43def.

151. Het Europees Parlement was geconsulteerd volgens de raadplegingsprocedure, waarbij het Europese Parlement slechts een adviesbevoegdheid heeft ten aanzien van het richtlijnvoorstel. De Europese Commissie heeft aansluitend echter in het licht van haar bevoegdheid conform artikel 149, tweede alinea (oud) Verdrag van Rome 1957 het voorstel ingetrokken en een tweede, aangepast richtlijnvoorstel ingediend bij de Raad van de EEG.

152. COM(82)43def., p. 2.

153. COM(82)43def., p. 5.

diensten voor advocaten. Desalniettemin wees de Commissie er nadrukkelijk op dat het lidstaten volgens het richtlijnvoorstel vrij staat om kostenbeperkingen in de overeenkomsten op te nemen, bijvoorbeeld wat betreft de betaling van de tarieven van advocaten.

Conform het amendement van het Europees Parlement heeft de Commissie in haar aangepaste richtlijnvoorstel de vrije keuze van expert opgenomen, een maatregel vergelijkbaar met de vrije advocaatkeuze (artikel 6 tweede richtlijnvoorstel). Bijzonder is dat de Commissie daarbij niet overnam dat ten minste de helft van de kosten van de expert voor rekening moeten komen van de rechtsbijstandverzekeraar. De Commissie was hier de opvatting toegedaan dat de gehele kosten voor rekening van de verzekeraar moesten komen.

Bijzondere aandacht verdient ten slotte de nieuwe bepaling in het aangepaste richtlijnvoorstel dat de lidstaten voorschrijft een controleorgaan in te stellen dat toeziet op de naleving van de bepalingen van het richtlijnvoorstel. Dit controleorgaan dient te worden gevormd door vertegenwoordigers van verzekeraars en verzekerden. Dit orgaan heeft volgens het voorstel de bevoegdheid om vergunningen te verlenen, boetes op te leggen en klachten te behandelen. Deze maatregel is overgenomen uit het advies van het Europees Parlement.

## **5.6      Behandeling van het richtlijnvoorstel bij de Raad van de Europese Economische Gemeenschappen**

Het tweede, aangepaste richtlijnvoorstel van de Europese Commissie is op 25 februari 1982 ter behandeling aan de Raad van de Europese Economische Gemeenschappen voorgelegd.

De behandeling van de richtlijnvoorstellen bij de Raad van de Europese Gemeenschappen duurde vanaf 1982, het moment van uitbrengen van het tweede richtlijnvoorstel door de Europese Commissie, tot aan juni 1987, het moment van het uitvaardigen van Richtlijn 87/344/EEG.

De meeste werkzaamheden met betrekking tot de richtlijn zijn verricht door een werkgroep van de Raad, de Groep Economische Vraagstukken (Verzekeringen), bestaande uit delegaties van de lidstaten van de Europese Economische Gemeenschappen. Op 15 juni 1987 is richtlijn 87/344/EEG na lange voorbereiding echter als hamerstuk aangenomen door de Raad van Ministers van de Europese Economische Gemeenschappen zelf.<sup>154</sup>

De stukken van het Europees Parlement en de Europese Commissie zijn steeds vrij toegankelijk geweest voor het publiek. Dit gold niet voor de stukken van de Raad van de Europese Economische Gemeenschappen; deze zijn gedocumenteerd met de codering 'restreint', wat inhoudt dat ze een vertrouwelijke status hadden (zie

---

154. SURE 32/1987.

verder paragraaf 6.4). Inmiddels zijn de stukken vrij opvraagbaar.<sup>155</sup> Pas in het laatste stadium van ontwikkeling van Richtlijn 87/344/EEG is in de Raad de laatste hand gelegd aan de richtlijn en zijn bovendien wezenlijke tekstuele wijzingen aangebracht in de richtlijn. Derhalve is het van belang om de ratio van de vrije advocaatkeuze en aanverwante bepalingen te destilleren uit deze (ongepubliceerde) travaux préparatoires.

## 5.7 Globale bespreking van de inhoud van Richtlijn 87/344/EEG en daarin opgenomen maatregelen tegen belangenconflicten

Ik geef hier een overzicht van de opzet van Richtlijn 87/344/EEG en de ten behoeve van voorkoming en bestrijding van belangenconflicten opgenomen maatregelen. De richtlijn bevat naast een gebruikelijke afbakening en een definitiebepaling in de artikelen 3, 4, 6 en 7 een aantal maatregelen, welke gedeeltelijk operationeel, ten aanzien van de inrichting van schaderegeling, en gedeeltelijk contractueel van aard zijn.

### Preamble

De preamble van Richtlijn 87/344/EEG onderstreept dat de richtlijn in het teken staat van de eerder besproken twee doelstellingen, namelijk de vrijheid van vestiging alsmede het voorkomen en bestrijden van belangenconflicten tussen verzekerde en verzekeraar. Verwezen wordt in eerste instantie naar de voorafgaande coördinatie van (nationale) wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen omtrent de toegang tot het directe verzekeringsbedrijf met uitzondering van de levensverzekering, via Richtlijn 73/239/EEG. Zoals in het vorige hoofdstuk dienaangaande besproken, voorziet deze genoemde eerste richtlijn op het gebied van schadeverzekeringen in een overgangsfase voor (onder meer) de rechtsbijstandverzekeringsbranche. De preamble van Richtlijn 87/344/EEG onderschrijft dat door middel van de richtlijn wordt voorzien in de aangekondigde nadere coördinatie ten aanzien van de branche rechtsbijstandverzekering. In artikel 1 van de richtlijn wordt daaraan toegevoegd dat dit in het teken staat van de vergemakkelijking van de daadwerkelijk uitoefening van het recht van vrijheid van vestiging.

Aan deze eerste doelstelling van de vergemakkelijking van de vrijheid van vestiging wordt in de preamble van Richtlijn 87/344/EEG meteen toegevoegd dat ter bescherming van verzekerde elk mogelijk belangenconflict tussen een voor rechtsbijstand verzekerde en diens verzekeraar als gevolg van het feit dat verzekeraar deze verzekerde (1) – tevens – voor een of meer andere door Richtlijn 73/239/EEG (bijlage) bestreken verzekeringen heeft verzekerd of (2) dat de verzekeraar (naast verzekerde) een derde persoon heeft verzekerd.<sup>156</sup>

155. De toegankelijkheid van stukken van instanties van de EG en EU voor Europese onderdanen is bevorderd door verordening (EG) nr. 1049/2001.

156. Opvallend is hier dat het begrip belangenconflict ruimer wordt getrokken dan de in paragraaf 4.5 aangeduide eigenlijke belangenconflicten, daar wordt gesproken over een conflict van belangen voortvloeiend uit het belang van verzekerde en een verzekerde derde persoon, ongeacht of deze derde voor een andere verzekeringsbranche of ook voor rechtsbijstand verzekerd is. Het in paragraaf 4.5 gehanteerde begrip van (eigenlijke) belangenconflicten zag op belangenconflicten waarbij telkens steeds een andere verzekeringsbranche betrokken was. Derhalve viel hierbuiten het geval van twee

De richtlijn sluit, blijkens de preambule reeds van toepassing, meteen een drietal gevallen uit, te weten:<sup>157</sup>

- rechtsbijstandverzekering ter zake geschillen of risico's voortvloeiende uit het gebruik van zeeschepen of verband houdende met dit gebruik;
- rechtsbijstand ter zake de activiteiten van een verzekeraar die diensten verleend of kosten op zich neemt in verband met een overeenkomst inzake wettelijke aansprakelijkheid, *voor zover die activiteit krachtens die verzekering tegelijkertijd in zijn belang wordt uitgeoefend*;<sup>158</sup>
- (optioneel voor de lidstaat) rechtsbijstand door de verzekeraar van hulpverlening in een andere staat dan die waar verzekerde gewoonlijk verblijft, voor zover die rechtsbijstand deel uitmaakt van een overeenkomst alleen betrekking hebbende op het bieden van hulp aan in moeilijkheden verkerende personen op reis of zich buiten de woonplaats of vaste verblijfplaats verkerende.

De preambule geeft voorts blijk van een keuze voor het behoud van het systeem van de multibranche verzekeraars, waarbij niet is geopteerd voor invoering van verplichte specialisering van de rechtsbijstandverzekering voor alle lidstaten, zoals reeds praktijk was in de Bondsrepubliek Duitsland. In de richtlijn wordt er in dit verband op gewezen dat de in de richtlijn getroffen maatregelen ter voorkoming en bestrijding van belangenconflicten afdoende worden geacht om tegenwicht te bieden aan de strikte specialisatie-eis van Bondsrepubliek Duitsland.

De preambule noemt twee maatregelen ter bescherming uitvoeriger, de vrije advocaatkeuze alsook de scheidsrechtelijke procedure, welke procedure evenwel geen maatregel is in het kader van belangenconflicten.

Ten aanzien van de vrije advocaatkeuze hanteert de preambule een ruime omschrijving:

‘Overwegende dat het belang van de voor rechtsbijstand verzekerde inhoudt dat deze zelf zijn advocaat moet kunnen kiezen of elke andere persoon met de kwalificaties die door het nationale recht worden toegestaan in het kader van gerechtelijke of administratieve procedures en telkens wanneer er zich een belangenconflict voordoet;’

---

bij dezelfde verzekeraar voor rechtsbijstand gedekte verzekerden. Dit verschil in nuance is evenwel niet van groot belang aangezien met het onderscheid niet is gezegd dat voor de situatie van twee bij dezelfde verzekeraar voor rechtsbijstand gedekte partijen niet een gelijksoortige oplossing moet worden getroffen, omdat de verzekeraar in dat geval logischerwijs niet meer zelf de rechtsbijstand (voor beide partijen) kan verzorgen.

157. Zie verder Holthinrichs 2015, p. 810-812.

158. Met ‘zijn belang’ wordt hier aangeduid het eigen belang van deze verzekeraar; zie Holthinrichs 2015, p. 811.

Eenmaal aan de dag getreden conflicten tussen verzekeraar en verzekerde dienen volgens de richtlijn zo snel en billijk mogelijk te worden opgelost via de scheidsrechtelijke of daarmee vergelijkbare procedure.

### **Tekst van de richtlijn**

#### **Artikel 1: doelstellingen van het richtlijnvoorstel**

‘Deze richtlijn strekt tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de rechtsbijstandverzekering, vermeld onder A, 17, van de bijlage van Richtlijn 73/239/EEG, ten einde de daadwerkelijke uitoefening van de vrijheid van vestiging te vergemakkelijken en elk belangenconflict met name als gevolg van het feit dat de verzekeraar een derde persoon heeft verzekerd of dat hij de verzekerde zowel voor rechtsbijstand als voor een andere in deze bijlage genoemde branche heeft verzekerd, zoveel mogelijk te voorkomen en, als een dergelijk conflict zich voordoet, de oplossing ervan mogelijk te maken.’

Artikel 1 duidt op een voor de hand liggende plaats de doelstellingen van deze richtlijn. De eerste doelstelling is het bevorderen van de vrijheid van vestiging ter zake de uitoefening van de rechtsbijstandverzekering. In het vorige hoofdstuk is toegelicht dat het bereiken van deze eerste doelstelling gepaard ging met de tweede doelstelling, het voorkomen en tegengaan van belangenconflicten. Dit artikel van de richtlijn onderstreept dat de doelstellingen niet zijn verlaten of aan belang hebben ingeboet.

#### **Artikel 2: definitie**

‘1. Deze richtlijn is van toepassing op de verzekering voor rechtsbijstand. Deze verzekering bestaat erin dat tegen betaling van een premie de verbintenis wordt aangegaan om de kosten van gerechtelijke procedures te dragen en andere diensten te verlenen die voortvloeien uit de door de verzekering geboden dekking, met name met het oog op:

- het verhaal van door de verzekerde geleden schade, door middel van een minnelijke schikking of van een civielrechtelijke of strafrechtelijke procedure;
- de verdediging of vertegenwoordiging van de verzekerde in een civielrechtelijke, strafrechtelijke, administratieve of andere procedure of in geval van een tegen hem gerichte vordering.

2. De richtlijn is evenwel niet van toepassing op:

- de rechtsbijstandverzekering indien deze betrekking heeft op geschillen of risico's die voortvloeien uit of verband houden met het gebruik van zeeschepen;
- de door de wettelijke-aansprakelijkheidsverzekeraar uitgeoefende activiteit met betrekking tot de verdediging of vertegenwoordiging van zijn



verzekerde in gerechtelijke of administratieve procedures voor zover die activiteit krachtens die verzekering tegelijkertijd in zijn belang wordt uitgeoefend;

— indien een Lid-Staat hiervoor opteert, de rechtsbijstandactiviteit die wordt uitgeoefend door de verzekeraar van hulpverlening indien deze activiteit wordt verricht in een andere Staat dan die waar de verzekerde gewoonlijk verblijf houdt, indien zij deel uitmaakt van een overeenkomst die alleen betrekking heeft op het bieden van hulp aan in moeilijkheden verkerende personen die op reis zijn of zich buiten hun woonplaats of vaste verblijfplaats bevinden. In dat geval moet in de overeenkomst afzonderlijk worden verklaard dat de betrokken dekking beperkt is tot de in de vorige zin bedoelde omstandigheden en slechts een aanvulling is van de hulpverlening.'

Voor een afbakening van het toepassingsgebied bevat de richtlijn een definitie van de rechtsbijstandverzekering. De definitie is evenwel niet-limitatief opgesteld. In de definitie wordt duidelijk dat de rechtsbijstandverzekering met name ook een dienstenkarakter heeft, 'en andere diensten te verlenen', om daarmee het beeld van verschillende soorten rechtsbijstandverzekeringen in de lidstaten te duiden.<sup>159</sup>

De invulling van de rechtsbijstandverlening is aan de hand van het hieronder te bespreken artikel 3 van de richtlijn ter keuze van de lidstaten en/of de rechtsbijstandverzekeringsmaatschappijen. De richtlijn geeft aldus geen voorkeur voor een rechtsbijstandverzekering (primaire) in natura of een kostenverzekering, waarin de kosten van een externe rechtshulpverlener worden vergoed.

De rechtsbijstandverzekering heeft een parallel met de aansprakelijkheidsverzekering maar wordt daarvan in de definitie, wat betreft het toepassingsbereik van de richtlijn, duidelijk onderscheiden. Dit is mijns inziens ook voor de hand liggend omdat de eventuele verdediging door een aansprakelijkheidsverzekeraar van een verzekerde veelal accessoir is en dient in het eigen belang van de aansprakelijkheidsverzekeraar. Bij vaststelling van de aansprakelijkheid van een voor aansprakelijkheid verzekerde dient deze verzekeraar immers veelal uit te keren. De rechtsbijstandverzekering is echter een kostenverzekering in de zin dat het de bijkomende juridische kosten van een verzekerde probeert te dekken.<sup>160</sup>

Door de ruime en globale omschrijving in de definitie laat het verzekeraars ruime vrijheid voor het ontwikkelen van rechtsbijstandverzekeringen met behoud van de in de richtlijn geboden bescherming voor rechtsbijstandverzekerden.<sup>161</sup>

### **Artikel 3 lid 1: afzonderlijke overeenkomst voor de rechtsbijstandverzekering**

In paragraaf 5.2.3 gaf ik reeds aan dat het oorspronkelijke richtlijnvoorstel ook de maatregel bevatte dat de bepalingen omtrent de rechtsbijstandverzekering in een

159. Zie Cerveau & Mergeat 1987, p. 4, met daarbij kritiek op het feit dat in de definitie het dienstenkarakter pas in de tweede plaats wordt genoemd naast het dragen van kosten en dat de duiding 'met name' verwarrend is.

160. Zie verder Holthinrichs 2015, p. 815.

161. Vergelijk Henning Wendt 2014, p. 421.

aparte overeenkomst zijn opgenomen. De richtlijn voegt daaraan toe dat kan worden volstaan met een apart hoofdstuk in de polis wanneer de rechtsbijstandverzekering deel uitmaakt van een polis met andere verzekeringssoorten. Zoals in het oorspronkelijke richtlijnvoorstel door de Europese Commissie toegelicht, dient deze bepaling het doel dat verzekerden hun rechten eenvoudig kunnen afleiden.

**Artikel 3 lid 2: (drie) operationele modellen voor de schaderegeling van rechtsbijstand**

‘Elke Lid-Staat doet het nodige om ervoor te zorgen dat de op zijn grondgebied gevestigde ondernemingen, overeenkomstig de door de Lid-Staat gemaakte keuze, of naar eigen keuze indien de Lid-Staat zulks toestaat, ten minste een van de volgende alternatieve oplossingen aannemen:

a) de onderneming draagt er zorg voor dat geen enkel lid van het personeel dat zich bezighoudt met de rechtsbijstandschaderegeling of met het geven van juridische adviezen met betrekking tot deze regeling, terzelfder tijd een soortgelijke werkzaamheid uitoefent:

— voor een door dezelfde onderneming beoefende andere branche, indien het om een meerbrancheonderneming gaat,

— in een andere onderneming die met de eerste onderneming financiële, commerciële of administratieve banden heeft en die één of meer andere branches van Richtlijn 73/239/EEG uitoefent, ongeacht of het om een meerbranche dan wel een gespecialiseerde onderneming gaat;

b) de onderneming vertrouwt de schaderegeling van de branche rechtsbijstand toe aan een juridisch zelfstandige onderneming. Deze onderneming wordt vermeld in de afzonderlijke overeenkomst of het afzonderlijke hoofdstuk bedoeld in lid 1. Wanneer deze juridisch zelfstandige onderneming banden heeft met een onderneming die één of meer andere branches genoemd onder A van de bijlage van Richtlijn 73/239/EEG beoefent, mogen de medewerkers van deze onderneming die zich bezighouden met de regeling van schadegevallen of met het geven van juridische adviezen betreffende de regeling van schadegevallen, niet terzelfder tijd voor de andere onderneming dezelfde of een soortgelijke werkzaamheid uitoefenen. De Lid-Staten kunnen voorts dezelfde beperking opleggen aan de leden van het leidinggevend orgaan;

c) de onderneming neemt in de overeenkomst de bepaling op dat de verzekerde, zodra hij uit hoofde van de polis het recht heeft het optreden van de verzekeraar te eisen, de behartiging van zijn belangen mag toevertrouwen aan een advocaat van zijn keuze of, voor zover het nationale recht zulks toestaat, een ander gekwalificeerd persoon.’

Dit artikellid neemt een belangrijke plaats in binnen de richtlijn. In de uiteindelijke richtlijn zijn de wijzen waarop de schaderegeling kan worden ingericht in hetzelfde

artikel opgenomen. De bepaling bevat drie optionele modellen waaruit de lidstaat kan kiezen en er tenminste een van moet voorschrijven. Bij gebreke van een keuze van de lidstaat kan de verzekeraar kiezen uit de verschillende modellen. Is er meer dan een model voorgeschreven door een lidstaat, dan kan de verzekeraar uiteraard kiezen uit de in nationale wetgeving van de lidstaat voorgeschreven modellen.

Bijzonder aan de drie opties is dat ze allemaal zowel door de multibranche onderneming als door de gespecialiseerde verzekeraar kunnen worden ingezet. Zoals reeds werd behandeld, kunnen belangenconflicten zich evenzogoed voordoen bij een gespecialiseerde rechtsbijstandverzekeraar die banden onderhoudt met een verzekeringsmaatschappij in een andere branche.

#### Ad a Gescheiden beheer

De eerste optie betreft het gescheiden beheer waarbij de schaderegeling binnen onderneming van de rechtsbijstandverzekeraar wordt afgewikkeld. Tijdens de bespreking van de behandeling van het richtlijnvoorstel in het Europees Parlement kwam reeds aan bod dat men vreesde dat deze optie onvoldoende bescherming geeft tegen belangenconflicten. Desalniettemin is dit alternatief als volwaardig model van schaderegeling van rechtsbijstand opgenomen in de richtlijn.

Anders dan in het richtlijnvoorstel van de Europese Commissie uit 1979 geldt niet meer dat bij gescheiden beheer van de schaderegeling de verzekerde de mogelijkheid moet worden geboden om vrijelijk zijn advocaat te kiezen. Deze ruime vrije advocaatkeuze als model van schaderegeling is namelijk apart als alternatief opgenomen (zie hieronder c.). Wel geldt nog de informatieverplichting wanneer zich een belangenconflict voordoet, echter deze bepaling is nu als algemene verplichting opgenomen voor alle rechtsbijstandverzekeraars (artikel 7).

#### Ad b Uitbesteding aan een schaderegelingskantoor

Deze optie was, zoals toegelicht in het oorspronkelijke richtlijnvoorstel van de Europese Commissie, opgenomen voor de Bondsrepubliek Duitsland. Het behelst de afwikkeling van de schaderegeling in een aparte, juridisch zelfstandige onderneming. Deze onderneming hoeft verder niets van doen te hebben met de onderneming van de rechtsbijstandverzekeraar.<sup>162</sup>

Evenals in het richtlijnvoorstel is het in de uiteindelijke richtlijn verplicht om deze keuze voor het nader te noemen schaderegelingskantoor vast te leggen in de rechtsbijstandverzekeringsovereenkomst of in het hoofdstuk van de gecombineerde verzekeringsovereenkomst (art. 3 lid 1 Richtlijn 87/344/EEG). Ook is overgenomen uit het richtlijnvoorstel dat het personeel van het schaderegelingskantoor belast met de schaderegeling en/of juridische adviezen aan verzekerden niet in dezelfde periode soortgelijke werkzaamheden mogen uitoefenen bij de verzekeraar. De

162. Zoals bijvoorbeeld de Stichting Schaderegelingskantoor voor Rechtsbijstandverzekering (SRK) in Nederland, dat door verschillende verzekeringsmaatschappijen wordt ingeschakeld voor hun schaderegeling.

lidstaat kan er hier voor kiezen hetzelfde verbod voor leidinggevend en bij het schaderegelingskantoor op te leggen.

Ad c Ruime variant van de vrije advocaatkeuze: vanaf het bestaan van verzekeringsdekking (kostenverzekering)

Deze laatste variant van de rechtsbijstandschaderegeling betreft de kostbare optie van een vrije advocaatkeuze in ruime zin: vanaf het moment dat verzekerde een aanspraak geldend kan maken op zijn rechtsbijstandverzekering. Verzekerde wordt vanaf dat moment toegestaan om de rechtsbijstand te bepalen met diens advocaat of andere rechtshulpverlener, zodat iedere perverse invloed van de verzekeraar wordt voorkomen. Men bedenke zich echter dat verzekerde bij deze optie niet verplicht is om zijn rechtshulpverlener buiten de onderneming van de rechtsbijstandverzekeraar te kiezen. Hij mag ook kiezen voor een advocaat of jurist in dienst van de rechtsbijstandverzekeraar.<sup>163</sup>

De vrije advocaatkeuze kwam als operationele maatregel al voor in het oorspronkelijke richtlijnvoorstel, zij het als subsidiaire waarborg voor multibranche verzekeraars die geen gebruik maakten van uitbesteding aan het schaderegelingskantoor (art. 3 lid 4 van het oorspronkelijke richtlijnvoorstel). In tegenstelling tot het richtlijnvoorstel is de ruime variant van de vrije advocaatkeuze hier ook opengesteld voor de gespecialiseerde rechtsbijstandverzekeraar.

Ten aanzien van deze maatregel heeft de Raad een interpreterende verklaring aangenomen, welke eveneens is opgenomen met betrekking tot artikel 4 lid 1 onder a (zie hieronder), luidende:

‘De Raad verklaart dat deze bepaling niet ten doel heeft wijziging te brengen in de regels en gebruiken die in de Lid-Staten bestaan op het gebied van juridische adviezen.’

### **Artikel 3 lid 3: alle operationele maatregelen bieden verzekerden gelijkwaardige dekking**

‘3. Ongeacht de gekozen oplossing worden personen die voor rechtsbijstand zijn verzekerd, geacht gelijkwaardige dekking uit hoofde van deze richtlijn te genieten.’

Deze toevoeging omtrent de drie operationele maatregelen is opgenomen in het kader van de vrijheid van het verrichten van diensten binnen de EEG. Het beoogt te voorkomen dat lidstaten die zich conformeren aan een of twee van de operationele maatregelen van art. 3 lid 2 de grensoverschrijdende diensten (vanuit een andere lidstaat) op haar grondgebied vervolgens de andere operationele maatregelen van art. 3 lid 2 belemmeren, om de eenvoudige reden dat deze niet overeenkomen

163. Zoals is vastgelegd in een interpreterende verklaring bij dit artikel, opgenomen in de notulen van de Raad van de EEG ter gelegenheid van het aannemen van Richtlijn 87/344/EEG.

met de door hun gekozen operationele maatregelen. Zulks zou een belemmering van de vrijheid van diensten binnen de EEG opleveren.<sup>164</sup>

#### **Artikel 4: algemeen recht van vrije advocaatkeuze**

##### ‘Artikel 4

1. In elke overeenkomst inzake rechtsbijstandverzekering moet uitdrukkelijk worden bepaald dat

a) indien een advocaat of andere persoon die volgens het nationaal recht gekwalificeerd is, wordt gevraagd de belangen van de verzekerde in een gerechtelijke of administratieve procedure te verdedigen, te vertegenwoordigen of te behartigen, de verzekerde vrij is om deze advocaat of andere persoon te kiezen;

b) de verzekerde vrij is om een advocaat of, indien hij daar de voorkeur aan geeft en voor zover het nationale recht zulks toestaat, een andere gekwalificeerde persoon te kiezen om zijn belangen te behartigen wanneer zich een belangenconflict voordoet.

2. Onder “advocaat” wordt verstaan ieder die gerechtigd is zijn beroepswerkzaamheden uit te oefenen onder een van de benamingen bedoeld in Richtlijn 77/249/EEG van de Raad van 22 maart 1977 tot vergemakkelijking van de daadwerkelijke uitoefening door advocaten van het vrij verrichten van diensten (1).’

Artikel 4 bevat, ongeacht de hiervoor besproken keuze voor een van de toegelaten wijzen van schaderegeling, een verplicht te garanderen algemeen recht van vrije advocaatkeuze. Uiteraard is de vrije advocaatkeuze van dit artikel niet van toepassing als verzekerde conform artikel 3 lid 2 onder c (in ruimere zin) reeds vanaf het moment dat hij een aanspraak heeft op de verzekering een recht van vrije advocaatkeuze heeft.

Ten aanzien van het gehele artikel 4 heeft de Raad een duidelijke interpreterende verklaring aangenomen, luidende:

‘De Raad verklaart dat deze bepalingen de mogelijkheid openlaten om in rechtsbijstandverzekeringsovereenkomsten te bepalen dat het honorarium van de advocaat, deskundige of andere naar behoren gekwalificeerde persoon die in de zin van deze artikelen vrij door de verzekerde worden gekozen, door de verzekeringsmaatschappij slechts tot een maximumbedrag wordt vergoed.’

Dit artikel bevat in lid 1 onder a. de maatregel die de kern van mijn onderzoek is. In hoofdstuk 6 zal derhalve dieper worden ingegaan op de achtergrond van de re-

164. Zie Isola 1987, p. 11.

dactie van het artikellid. Het valt op dat de redactie van de bepaling anders is dan in het oorspronkelijke richtlijnvoorstel uit 1979 (artikel 5): ‘Telkens wanneer de vertegenwoordiging en de verdediging van de belangen van een voor rechtsbijstand verzekerde aan een advocaat moeten worden opgedragen, moet de verzekerde vrij kunnen kiezen. De verzekerde kan in de overeenkomst van dit recht geen afstand doen.’

Voor nu kan worden opgemerkt dat deze vrije advocaatkeuzebepaling ten opzichte van het richtlijnvoorstel verschilt daar deze meer concreet bepaalt wanneer er een recht van vrije advocaatkeuze bestaat, namelijk in geval van een *gerechtelijke of administratieve procedure*, waar in het richtlijnvoorstel slechts vermeld was dat het recht gold *telkens wanneer (...) aan een advocaat moeten worden opgedragen*, hetgeen weinig duidelijkheid verschaft.

Ook valt meteen op dat de reikwijdte van de vrije advocaatkeuze is uitgebreid, waardoor de vrije advocaatkeuze feitelijk niet enkel een advocaatkeuze is. Naast advocaten kan verzekerde kiezen voor andere personen die volgens het nationale recht gekwalificeerd zijn de vertegenwoordiging of verdediging te voeren in de procedure. Voor de trigger van het recht van vrije advocaatkeuze is dus om het even of het verzoek is gericht aan een advocaat of andere gekwalificeerde persoon, zo volgt uit de letterlijke redactie van het artikellid. In paragraaf 6.4 zal nader worden stilgestaan bij de ratio achter de formulering, ‘indien (...) wordt gevraagd’, waar in het midden is gelaten wat voor ‘verzoek’ dit dan betreft aan een advocaat of andere persoon die volgens het nationale recht is gekwalificeerd en wie dit verzoek dan moeten doen. Vanaf paragraaf 8.5 zal worden getoond dat het HvJ EU in de zaak *Sneller* voor de taak werd gesteld om deze passage uit te leggen.

Evenals bij artikel 3 lid 2 onder c (de kostenverzekering) is de verklaring opgenomen:

‘De Raad verklaart dat deze bepaling niet ten doel heeft wijziging te brengen in de regels en gebruiken die in de Lid-Staten bestaan op het gebied van juridische adviezen.’

Artikel 4 lid 1 onder b bevat het vrije advocaatkeuzerecht ter zake (uiteindelijk toch gerezen) belangenconflicten. Deze bepaling vormt in mijn ogen het sluitstuk van het pakket aan maatregelen van de richtlijn. Wanneer eenmaal een belangenconflict is opgetreden, alle overige maatregelen ten spijt, moet dit belangenconflict zo spoedig mogelijk worden opgelost. Daarom verleent de richtlijn verzekerde dan een vrije keuze voor een rechtshulpverlener, waarmee de rechtsbijstand alsdan wordt weggehaald bij de rechtsbijstandverzekeraar of (bij toepassing van artikel 3 lid 2 onder b.) het schaderegelingskantoor. Daarmee wordt het belangenconflict opgeheven daar de verzekeraar of het schaderegelingskantoor voortaan geen invloed meer op de schaderegeling kan uitoefenen noch gevoelige dossierinformatie ter beschikking kan hebben.

De redactie van deze bepaling leidt overigens tot interpretatievragen: niet is helder uit de richtlijn op te maken wat wordt bedoeld met het belangenconflict en wanneer

daarvan sprake is.<sup>165</sup> Aansluiting moet worden gezocht met de preambule en artikel 1 Richtlijn 87/344/EEG, dat de doelstelling ten aanzien van belangenconflicten verduidelijkt. Vooral moet worden gedacht aan de situatie dat twee verzekerden ter zake hetzelfde geschil een beroep doen op hun rechtsbijstandverzekering bij dezelfde verzekeraar.<sup>166</sup> Er moet in ieder geval onderscheid worden gemaakt met de situatie waarin tussen rechtsbijstandverzekeraar (of het schaderegelingskantoor) en verzekerde een meningsverschil bestaat over de wijze waarop geschil van verzekerde moet worden geregeld: dit is geen belangenconflict maar een situatie waarop artikel 6 Richtlijn 87/344/EEG ziet.

#### **Artikel 6: scheidsrechtelijke procedure of andere procedure met vergelijkbare waarborgen**

##### **‘Artikel 6**

De Lid-Staten nemen alle nodige maatregelen om te verzekeren dat er, onverminderd de eventueel bij het nationale recht geboden mogelijkheid om een rechtsvordering in te stellen, wordt voorzien in een scheidsrechtelijke procedure of een andere procedure welke vergelijkbare garanties inzake objectiviteit biedt, om te bepalen welke gedragslijn er bij verschil van mening tussen de rechtsbijstandverzekeraar en zijn verzekerde, zal worden gevolgd voor de regeling van het geschil.

De verzekeringsovereenkomst moet het recht van de verzekerde vermelden om van een dergelijke procedure gebruik te maken.’

Deze bepaling inzake de scheidsrechtelijke procedure of andere procedure (in Nederland veelal de geschillenregeling genoemd) neemt een belangrijke plaats in bij de rechtsbijstandverzekering. Het biedt dan wel geen maatregel specifiek tegen belangenconflicten maar vormt wel een algemene beschermingsmaatregel voor verzekerde. Als verzekerde van mening is dat in zijn dossier een andere koers moet worden gevaren, kan hij een beroep doen op deze procedure.<sup>167</sup> Deze procedure is met name ook van toepassing als de rechtsbijstandverzekeraar in tegenstelling tot verzekerde van mening is dat de door verzekerde gewenste aanpak en procedure onvoldoende kans op succes biedt.

Als er daadwerkelijk een belangenconflict in de zin van artikel 1 Richtlijn 87/344/EEG optreedt, heeft dit artikel – in beginsel – geen toepassing meer. Immers, dan komt verzekerde reeds een beroep toe op de vrije advocaatkeuze (art. 4 lid 1 onder b Richtlijn 87/344/EEG). Bovendien, is de zaak van verzekerde eenmaal overgedragen aan de advocaat of andere gekwalificeerde persoon, dan is dit artikel niet meer van toepassing. Er kan dan namelijk geen sprake meer zijn van een meningsverschil over de te voeren gedragslijn aangezien de verzekeraar dan geen verantwoordelijkheid voor en invloed op het dossier van verzekerde heeft.

165. Isola 1987, p. 12.

166. Cerveaux & Margeat 1987, p. 6.

167. Zie verder Holthinrichs 2015, paragraaf 27.11.

**Artikel 7: informatieplicht van de rechtsbijstandverzekeraar****‘Artikel 7**

Telkens wanneer zich een belangenconflict voordoet of er een verschil van mening bestaat over de regeling van het geschil, moet de rechtsbijstandverzekeraar, of in voorkomend geval het schaderegelingskantoor de verzekerde op de hoogte brengen van:

- het in artikel 4 bedoelde recht;
- de mogelijkheid om gebruik te maken van de in artikel 6 bedoelde procedure.’

In het oorspronkelijke richtlijnvoorstel werd al onderkend dat er in de rechtsbijstandverzekering een informatieplicht bestond (art. 3 lid 4 – wanneer de multibranche rechtsbijstandverzekeraar geen gebruik maakte van het schaderegelingskantoor). In de richtlijn is deze informatieplicht algemeen geworden, oftewel van toepassing op alle rechtsbijstandverzekeraars, multibranche of gespecialiseerd, zulks ongeacht of sprake is van gebruik van een schaderegelingskantoor.

Over het moment van gelding van de informatieverplichting is de bepaling duidelijk: op het moment dat het belangenconflict is gerezen of het verschil van mening aan de orde is. Dit houdt in dat op de bepalingen moet worden gewezen respectievelijk op het moment dat twee verzekerden bij dezelfde rechtsbijstandverzekeraar een beroep doen op hun rechtsbijstandverzekering dan wel dat er een conflict over de in het dossier te voeren gedragslijn is. Overigens leidt een meningsverschil over de gedragslijn in het dossier van verzekerde niet tot een geldig beroep op de vrije advocaatkeuze, net zo goed als een belangenconflict niet tot een geldig beroep op de scheidsrechtelijke procedure leidt.<sup>168</sup>

**5.8 Conclusie**

Zoals in hoofdstuk 4 omschreven, was in Richtlijn 73/239/EEG nog een voorbehoud gemaakt voor nadere harmonisatie van de regelgeving omtrent de rechtsbijstandverzekering. Bondsrepubliek Duitsland werd tijdelijk nog toegestaan om te gebieden dat de rechtsbijstandverzekering slechts van andere verzekeringsbranches afgescheiden – derhalve binnen een gespecialiseerde onderneming – werd bedreven. Dit vormde echter een inbreuk op het beoogde doel van het bevorderen van de vrijheid van vestiging voor verzekeringsmaatschappijen. In dit hoofdstuk stond zodoende de totstandkoming van Richtlijn 87/344/EEG centraal. De richtlijn voorziet in de harmonisatie van de nationale wet- en regelgeving omtrent de rechtsbijstandverze-

168. Zie hierover Holthinrichs 2015, p. 861. Het betreft immers maatregelen met ieder een eigen doel. Zoals reeds aan bod gekomen, ziet de maatregel van de vrije advocaatkeuze op het voorkomen van belangenconflicten. De geschillenregeling daarentegen ziet op een *verschil van inzicht* tussen verzekerde en de verzekeringsmaatschappij over de wijze van inhoudelijke dossierbehandeling. De maatregelen zijn derhalve niet inwisselbaar.



kering. Deze harmonisatie voorzag er tegelijkertijd in dat de Bondsrepubliek Duitsland afstand deed van haar specialisatie-eis en dat de lidstaten een compromis vonden voor het probleem van belangenconflicten, dat in paragraaf 4.5 besproken werd.

De Europese Commissie heeft in haar richtlijnvoorstellen ter zake richtlijn 87/344/EEG op de mogelijkheid van het zich voordoen van belangenconflicten tussen de verzekeringsmaatschappij en verzekerde gewezen. Deze belangenconflicten deden zich vooral — doch niet uitsluitend — voor bij multibranche verzekeringsmaatschappijen. De Europese Commissie onderschreef dat de Bondsrepubliek Duitsland moest worden bewogen afstand te doen van haar specialisatiegebod maar hij benadrukte tegelijkertijd dat het probleem van belangenconflicten moest worden geadresseerd, en dan met name bij de multibranche verzekeraars. Ter voorkoming en bestrijding van belangenconflicten heeft de Europese Commissie een pakket aan maatregelen opgenomen.

De richtlijnvoorstellen voorzagen in een pakket aan maatregelen dat enerzijds diverse operationele maatregelen bevatte, ter verbetering van de wijze van rechtsbijstandschaderegeling, en anderzijds het opnemen van contractuele voorzieningen in de verzekeringsovereenkomst gelastte. Deze contractuele bepalingen ter bescherming tegen belangenconflicten behelsden dat verzekerde wordt geïnformeerd over de mogelijkheid van het zich voordoen van belangenconflicten alsmede dat verzekerde bij een dreigend belangenconflict diens advocaat kon kiezen. Ten slotte werd geregeld dat verzekerde bij een verschil van inzicht over de wijze van behandeling van diens dossier via een scheidsrechtelijke of vergelijkbare procedure een second opinion kan verkrijgen. De maatregelen van de Europese Commissie respecteren derhalve de dienstverlening (in natura) van rechtsbijstandverzekeraars maar voorzien tegelijkertijd in een verbeterde rechtsbescherming van verzekerden.

De maatregel van het algemene recht op vrije advocaatkeuze, dat door alle verzekeringsmaatschappijen in de verzekeringsovereenkomst moest worden opgenomen, voorzag in een recht op vrije advocaatkeuze voor verzekerde vanaf het moment dat de noodzaak bestond om een advocaat in te schakelen voor de verdere dossierbehandeling. Dit recht is daarom verweven met het fenomeen van het belangenconflict. Met de toepassing van het recht van vrije advocaatkeuze wordt zoveel mogelijk voorkomen dat een verzekerde wordt geconfronteerd met de huisadvocaat van de verzekeringsmaatschappij, die bijzonder ingenomen kon zijn met de financiële belangen van de verzekeringsmaatschappij (zijn vaste opdrachtgever). Die belangen van de verzekeringsmaatschappij kunnen al te zeer contrair gaan lopen aan die van verzekerde wanneer, zoals gezegd, de maatschappij andere branches voert waarvan via het juridisch geschil waarin verzekerde is betrokken een perverse invloed uitgaat.

Nadat het oorspronkelijke richtlijnvoorstel aan het Europees Parlement werd voorgelegd, bleek er nog een fundamenteel conflict van inzicht te bestaan tussen de voor- en tegenstanders van afschaffing van het specialisatiegebod. Voorstanders betoogden dat belangenconflicten enkel konden worden vermeden door (verplichte) specialisatie: de afgescheiden uitoefening van de rechtsbijstandverzekering. Deze

voorstanders behaalden echter geen meerderheid in het Europees Parlement, reden waarom de opzet van het oorspronkelijke richtlijnvoorstel behouden bleef en het Europees Parlement enkele amendementen adviseerde. De specialisatie bleef daarom dus slechts een optie waaruit rechtsbijstandverzekeraar ter inrichting van haar schaderegeling kan kiezen.

Na kennisname van het advies van het Europees Parlement alsmede het Economisch en Sociaal Comité heeft de Europese Commissie ervoor gekozen om een aangepast richtlijnvoorstel uit te brengen dat de ontwerprichtlijn werd voor verdere beraadslaging en onderhandeling binnen de Raad van de EEG. Na een periode van vijf jaren van voorbereiding en onderhandeling — met een korte onderbreking — werd Richtlijn 87/344/EEG in 1987 vervolgens aangenomen.

De definitieve richtlijn bevat eveneens een onderverdeling in een aantal operationele maatregelen gericht tot de verzekeringsmaatschappij en diverse contractuele maatregelen die ten behoeve van de verzekerden in de verzekeringsovereenkomst moeten worden opgenomen. Overeenkomstig de richtlijnvoorstellen is in Richtlijn 87/344/EEG ook een centrale plaats gereserveerd voor het algemene recht op vrije advocaatkeuze van verzekerde. Net als in de richtlijnvoorstellen geldt voor alle verzekeringsmaatschappijen de verplichting het recht op vrije advocaatkeuze van verzekerden te garanderen. In de richtlijnvoorstellen was dit algemene recht op vrije advocaatkeuze opgenomen als een *complementaire maatregel* naast de andere operationele maatregelen welke voorzagen in bescherming van verzekerde bij de dienstverlening door of krachtens de verzekeringsmaatschappij. In artikel 4 Richtlijn 87/344/EEG is het recht van vrije advocaatkeuze echter wezenlijk anders geformuleerd. Het is, onder de voorwaarde dat een advocaat of andere persoon die volgens het nationaal recht gekwalificeerd is, wordt gevraagd, gekoppeld aan gerechtelijke en administratieve procedures ('indien een advocaat of andere persoon die volgens het nationaal recht gekwalificeerd is wordt gevraagd') en aan het intreden van een belangenconflict.

In dit hoofdstuk is uiteindelijk gebleken dat de in de richtlijnvoorstellen aangedragen en in de Richtlijn 87/344/EEG overgenomen maatregelen hoofdzakelijk samenhangen met het fenomeen belangenconflicten, zoals dat in paragraaf 4.5 werd besproken. In het volgende hoofdstuk zal concreet worden ingegaan op de ratio van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG. Daarbij put ik uit de tekst en toelichting van de Europese Commissie in de richtlijnvoorstellen alsmede documentatie van de Raad van de EEG. Men name onderzoek ik of het recht op vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG conform de richtlijnvoorstellen nog steeds een complementair karakter heeft ten opzichte van de operationele waarborgen die eveneens in het teken van belangenconflicten staan. Volgens deze uitleg zal het keuzerecht eerst geldend kunnen worden gemaakt *indien* een *externe* advocaat of andere rechtshulpverlener wordt ingeschakeld in verband met een gerechtelijke of administratieve procedure. Verder zal worden gekeken in hoeverre de reikwijdte van het keuzerecht in artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG is afgebakend.



## Hoofdstuk 6

# Travaux préparatoires van Richtlijn 87/344/EEG ten aanzien van het recht van vrije advocaatkeuze

### 6.1 Inleiding

De vorige twee hoofdstukken waren gewijd aan de historische achtergrond van de Richtlijn 87/344/EEG en het totstandkomingsproces van de Richtlijn 87/344/EEG. Deze hoofdstukken hadden derhalve nog een meer algemeen karakter. Dit hoofdstuk is meer specifiek gericht op het recht van vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a van de Richtlijn 87/344/EEG. Aan de hand van de kenbare interpretatiebronnen zal een diepgaand onderzoek worden verricht naar de ratio het recht van vrije advocaatkeuze. Deze bronnen zijn de travaux préparatoires oftewel de voorbereidende (werk)documenten ten behoeve van Richtlijn 87/344/EEG. Bij de bespreking van deze documenten tracht ik de vraag te beantwoorden welke zin en strekking in de zin van de Richtlijn 87/344/EEG moet worden gegeven aan het vrije advocaatkeuzerecht vervat in artikel 4 lid 1 onder a van de Richtlijn 87/344/EEG.

Het recht van vrije advocaatkeuze is toegelicht in de richtlijnvoorstellen van de Europese Commissie alsmede in de werkdocumenten van de Raad van de EEG. Deze documenten vormen derhalve kenbare interpretatiebronnen van het vrije advocaatkeuzerecht Richtlijn 87/344/EEG, en zijn te scharen onder de zogenoemde *travaux préparatoires* van Richtlijn 87/344/EEG. Deze laatstgenoemde documenten, de werkdocumenten van de Raad van de EEG, zijn ook niet in de publicatiebladen van de EEG gepubliceerd — ‘ongepubliceerd’. In paragraaf 1.2.2 besprak ik dat dergelijke documenten door middel van Verordening EG nr. 1049/2001 inmiddels open zijn gesteld voor Europese onderdanen. Op die manier heb ik er ook de beschikking over gekregen. Aan hand van de genoemde documenten leg ik de koppeling tussen de richtlijnvoorstellen en Richtlijn 87/344/EEG.

In het vorige hoofdstuk kwam in verband met de bespreking van de totstandkoming van de Richtlijn 87/344/EEG naar voren dat zowel in de richtlijnvoorstellen uit 1979 en 1982 als in de Richtlijn 87/344/EEG eenzelfde algemeen recht van vrije advocaatkeuze voorkwam, beide met een abstracte tekstopzet. De wezenlijke vraag is in hoeverre het uiteindelijke artikel met recht van vrije advocaatkeuze voortbouwt op de richtlijnvoorstellen. Ondanks dat het recht van vrije advocaatkeuze in de richtlijnvoorstellen nog abstracter is geformuleerd, heeft de Europese Commissie een zeer duidelijke toelichting verschaft over zijn motieven om een recht van vrije advocaatkeuze op te nemen. Het recht van vrije advocaatkeuze voorzag in de bescherming van verzekerde tegen een advocaat die gelieerd is aan de verzekeringsmaatschappij, met name in het geval dat de maatschappij verschillende soorten verzekeringsbranches voert.

In paragraaf 5.2.3 besprak ik dat de vrije advocaatkeuze onderdeel uitmaakte van een pakket aan maatregelen ter voorkoming en bestrijding van de belangenconflicten, en dat deze maatregel in de context van dit pakket van maatregelen ten behoeve van de bescherming van verzekerde moet worden gezien. Derhalve zal in dit hoofdstuk ook veelvuldig de parallel worden gezocht tussen het *algemene* vrije advocaatkeuzerecht en de verschillende operationele maatregelen ter zake de schaderegeling van rechtsbijstand. De onderscheidenlijke operationele en contractuele maatregelen van de richtlijnvoorstellen vullen elkaar aan. De vraag is of het recht op vrije advocaatkeuze in artikel 4 lid 1 onder a van de Richtlijn 87/344/EEG ook een dergelijk complementair karakter heeft. Indien het recht van vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG niet als een dergelijke maatregel tegen belangenconflicten is beoogd maar een andere grondslag heeft, zal de ratio daarvan moeten kunnen worden achterhaald.

Op het eerste gezicht beschouwd komt deze onderverdeling tussen operationele en contractuele maatregelen uit de richtlijnvoorstellen ook terug in Richtlijn 87/344/EEG. In de richtlijn is eveneens een bepaling (artikel 3 lid 2) gewijd aan de onderscheidenlijke operationele maatregelen gericht tot de verzekeringsmaatschappij. Naast deze bepaling is in artikel 4 van de Richtlijn 87/344/EEG het recht van vrije advocaatkeuze geregeld als dwingend voorgeschreven contractueel recht dat in de verzekeringsvoorwaarden dient te worden opgenomen.

De maatregel van de kostenverzekering van artikel 3 lid 2 onder c Richtlijn 87/344/EEG is een bijzondere maatregel, daar het verzekerde reeds een recht van vrije advocaatkeuze verschaft vanaf het moment dat er sprake is van een onder de verzekeringspolis gedekte schade ('geschil'). Deze maatregel doorkruist dus de wijze waarop rechtsbijstandverzekeraars – vooral in Nederland – invulling geven aan hun schaderegeling. De schaderegeling wordt geheel geëxternaliseerd. Deze voorziening is echter optioneel, ter keuze van de lidstaat of verzekeringsmaatschappij. Tegelijkertijd is deze maatregel tevens een contractueel recht dat gelijkenissen vertoont met het recht van vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG. Deze bepaling houdt daarom het midden tussen een operationele voorziening en een contractuele voorziening die verzekeraar verplicht in de verzekeringsovereenkomst moet regelen.

De onderzoeksvraag van dit hoofdstuk – naar de ratio van het vrije advocaatkeuzerecht van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG – hangt sterk samen met het gehanteerde strakke onderscheid tussen *interne* en *externe* maatregelen in de richtlijnvoorstellen. Is in de uiteindelijke richtlijn nr. 87/344/EEG het recht van vrije advocaatkeuze nog steeds een maatregel met externe werking, in de zin dat het verzekerden beschermt tegen het inschakelen van een advocaat die een zakelijke relatie onderhoudt met de verzekeringsmaatschappij?

In dat verband zal eerst worden toegelicht dat het algemene vrije advocaatkeuzerecht in de richtlijnvoorstellen van de Europese Commissie een complementair karakter had ten opzichte van de operationele maatregelen die de schaderegeling van rechtsbijstand – door of krachtens rechtsbijstandverzekeraar – adresseerden. Oftewel, het recht van vrije advocaatkeuze kwam in de richtlijnvoorstellen eerst

in beeld als de rechtsbijstandverlening door de verzekeraar of diens schaderegelingskantoor niet meer aan de orde was. Daarop voortbordurend onderzoek ik ter zake de wetgevingsprocedure in de Raad van de EEG hoe het recht van vrije advocaatkeuze verder is uitgewerkt tot de uiteindelijke redactie van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG.

Paragraaf 6.2 en 6.3 staan in het teken van een uitgebreide bespreking van de richtlijnvoorstellen uit 1979 en 1982. Paragraaf 6.4 bevat een diepgaande analyse van het totstandkomingsproces van de richtlijn bij de Raad van de EEG.

## 6.2 **De richtlijnvoorstellen (1979 en 1982) van de Europese Commissie en het recht van vrije advocaatkeuze**

In deze paragraaf zal ik de bepaling van de vrije advocaatkeuze in de richtlijnvoorstellen uit 1979 en 1982 onder de loep nemen. De richtlijnvoorstellen vormen de eerste, voor de hand liggende, interpretatiebron van de Richtlijn 87/344/EEG. Dit is wat betreft artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG niet anders aangezien de bepaling net als in de richtlijnvoorstellen een algemeen recht op vrije advocaatkeuze bevat. Ik onderzoek in deze en de navolgende paragraaf derhalve de tekst en ratio van het recht van vrije advocaatkeuze zoals dat door de Europese Commissie werd voorgesteld.

Het recht van verzekerden op een vrije advocaatkeuze neemt in beide richtlijnvoorstellen van de Europese Commissie een centrale plaats in. Het artikel heeft een algemeen karakter en is zowel van toepassing op de multibranche als de gespecialiseerde verzekeringsmaatschappijen. Dit is ook niet verwonderlijk aangezien het recht van vrije advocaatkeuze ten tijde van indiening van de richtlijnvoorstellen in de lidstaten al breed gedragen was.<sup>169</sup>

In het oorspronkelijke richtlijnvoorstel van de Europese Commissie uit 1979 luidde het artikel ter zake de vrije advocaatkeuze:

### ‘Artikel 5

Telkens wanneer de vertegenwoordiging en de verdediging van de belangen van een voor rechtsbijstand verzekerde aan een advocaat moeten worden opgedragen, moet de verzekerde vrij kunnen kiezen. De verzekerde kan in de overeenkomst van dit recht geen afstand doen.’<sup>170</sup>

In de laatste zin van dit artikel is het dwingende karakter van de bepaling benadrukt: van dit recht kan geen afstand worden gedaan. De (ontwerp)preambule van hetzelfde richtlijnvoorstel onderbouwt het keuzerecht als volgt:

169. Isola 1987, p. 12.

170. COM(79)396def., p. 13.

‘7e overweging

Overwegende dat, gezien de belangentegenstelling die tussen verzekeraar en verzekerde kan bestaan, laatstgenoemde over de mogelijkheid moet kunnen beschikken zelf zijn advocaat te kiezen;<sup>171</sup>

In het richtlijnvoorstel ging het dus nog om een daadwerkelijk recht van ‘advocaat-keuze’. Het keuzerecht strekt zich immers alleen uit tot ‘advocaten’ en niet tot andere rechtshulpverleners.

De Europese Commissie lichtte de ratio achter de bepaling als volgt toe:

‘Artikel 5 – vrije keuze van de advocaat

De verzekeringsovereenkomsten voor rechtsbijstand schrijven voor dat de verzekeraar de kosten en honoraria van de advocaat voor zijn rekening neemt die met de verdediging van de belangen van de verzekerde is belast.

Het lijkt niet gewenst dat deze advocaat tevens de vaste advocaat van de verzekeringsmaatschappij is, vooral wanneer deze meerdere branches beoefent.

Anders zou de advocaat in een moeilijke positie geraken.

De richtlijn bepaalt dan ook dat verzekerde zelf zijn advocaat moet kunnen kiezen.

Hieraan moet nog worden toegevoegd dat indien de verzekerde geen raadsman kiest de richtlijn niet verhindert dat de verzekeraar dat doet, maar zulks uitsluitend als subsidiaire mogelijkheid.<sup>172</sup>

In de eerste alinea van deze toelichting van de Europese Commissie wordt gerefereerd aan de definitie van de rechtsbijstandverzekering, opgenomen in hetzelfde richtlijnvoorstel, die bepaalt:

‘Artikel 2

Deze richtlijn is van toepassing op die onderdelen van overeenkomsten betreffende rechtsbijstand krachtens welke de verzekeraar diensten verleent of kosten op zich neemt, met name met het oog op:

— het verhaal van door de verzekerde geleden schade, door middel van een minnelijke schikking of van een civielrechtelijke of strafrechtelijke procedure;

171. COM(79)396def., p. 10.

172. COM(79)396def., p. 6.

- de verdediging van de verzekerde in een civielrechtelijke, strafrechtelijke, administratieve of andere procedure of in geval van een tegen hem gerichte vordering.<sup>173</sup>

Aan deze definitiebepaling van de rechtsbijstandverzekering in het richtlijnvoorstel werd door de Europese Commissie de navolgende toelichting gegeven:

‘Toelichting

1) De rechtsbijstandverzekering geeft de verzekerde recht op door de verzekeraar verleende diensten en/of op terugbetaling van *de kosten* gemaakt in verband met het verhaal van de door de verzekerde geleden schade of in verband met zijn verdediging in rechte of in geval van een tegen hem gerichte klacht. *Deze kosten bestaan meestal uit gerechtskosten en honoraria van advocaten en deskundigen.*<sup>174</sup>

Naast de beperking van de keuze tot (slechts) *advocaten*, heeft de bepaling hier ook een gering normatief karakter. De definitie van de richtlijn beschrijft dat de rechtsbijstandverzekeraar zowel voorziet in rechtsbijstand in natura (‘diensten’) alsmede in vergoeding van (advocaat)kosten. Blijkens de voornoemde opzet van het artikel en de toelichting van de Europese Commissie beoogt het artikel van de vrije advocaatkeuze niet zozeer te regelen *wanneer* een advocaat moet worden ingeschakeld voor de rechtsbijstand. De bepaling regelt daarentegen dat verzekerde vrijelijk kan kiezen *als* er een advocaat wordt ingeschakeld. Opteert de verzekeringsmaatschappij voor dienstverlening in natura, al dan niet met gebruik van een schaderegelingskantoor, dan komt een vrije advocaatkeuze in beginsel niet binnen bereik. De bepaling bevat immers geen invulling van de voorwaarde wanneer de belangenbehartiging van verzekerde aan een advocaat moet worden opgedragen, hetgeen door de commissie aan de *contractsvrijheid* van partijen is overgelaten (hiervoor wijd ik nog nader uit bij de bespreking van het totstandkomingsproces van de richtlijn bij de Raad van de EEG, in paragraaf 6.4).

Het een en ander wordt ook duidelijk uit de notulen van de behandeling van het eerste richtlijnvoorstel in het Europees Parlement, in verband met de toelichting daarop van vicevoorzitter van de Europe Commissie Tugendhat. Hij informeerde het Europees Parlement als volgt:

‘Sta mij toe enkele van de manieren te noemen waarop ons voorstel probeert in de meeste Lid-Statens de positie van de consument, d.w.z. uiteraard de verzekerde, te verbeteren. De belangrijkste maatregel is in dit opzicht artikel 5 van de richtlijn, volgens hetwelk de tegen het rechtsbijstandsrisico verzekerde persoon vrij is in de keuze van de advocaat die zijn belangen moet verdedigen. Deze vrije keuze van de advocaat vormt een aanzienlijke verbetering, aangezien zij momenteel door vele van de multi-brancheverzekeraars niet wordt toegestaan. Wij hebben deze clausule

173. COM(79)396def., p. 11.

174. COM(79)396def., p. 1; cursivering toegevoegd.



ingevoerd omdat wij het voor een multibrancheverzekeringsmaatschappij een gevaarlijke praktijk achten om zelf de advocaat te kiezen. Een door een verzekeringsmaatschappij gekozen advocaat is natuurlijk in vele gevallen de eigen advocaat van die maatschappij. Hij kan aldus in een netelige situatie komen te verkeren waarin zijn plicht om de verzekerde te verdedigen botst met zijn eigen belang om op goede voet te blijven met de verzekeraar, die een cliënt is welke hem een grote hoeveelheid werk bezorgt. Naar opvatting van de Commissie is dit een situatie die moet worden vermeden.<sup>175</sup>

De Europese Commissie voorzag in de richtlijnvoorstellen derhalve in een vrije advocaatkeuze op het moment van de inschakeling van de *externe* advocaat.

Hooguit zou kunnen worden geredeneerd dat zich bij het tijdens de schaderegeling door of krachtens de verzekeringsmaatschappij voordoen van een belangenconflict een *noodzaak* bestaat tot inschakeling van een advocaat. Tegen die achtergrond kan rechtsbijstandverzekeraar de rechtsbijstandverlening niet continueren: het belangenconflict moet worden opgeheven. Dienstverlening in natura is alsdan geen optie meer zodat — destijds steeds — een externe advocaat moet worden ingeschakeld. Deze oplossing, waarbij verzekerde dan noodgedwongen een keuze voor een door hem gekozen rechtshulpverlener wordt verleend, past binnen de formule van het keuzerecht in de richtlijnvoorstellen, waar is bepaald ‘telkens wanneer de vertegenwoordiging en/of de verdediging van de belangen van een voor rechtsbijstand verzekerde aan een advocaat *moeten worden opgedragen*...’.

Het algemene vrije advocaatkeuzeartikel functioneert hier derhalve als sluitstuk van het gehele scala aan maatregelen ter voorkoming en het tegengaan van de belangenconflicten (zie eveneens paragraaf 5.2.3). De maatregelen doorkruisen elkaar dus bijna niet maar vullen elkaar aan, waarbij *naast* de onderscheidenlijke maatregelen op (operationeel) niveau van de schaderegeling is voorzien in een te garanderen contractueel recht van vrije advocaatkeuze, waarmee ook *op het niveau van de externe advocaat* belangenconflicten worden voorkomen. Het zou immers zinloos zijn als alle maatregelen gericht tot de verzekeringsmaatschappij ten spijt via de advocaat alsnog een belangenconflict zou intreden.

Telkens had de Europese Commissie het oog op de belangenconflicten die kunnen bestaan vanwege de cumulatie van verzekeringsbranches zoals besproken in paragraaf 4.5. Deze belangenconflicten kunnen zeer wel doorwerken via de ‘huisadvocaat’ van de verzekeringsmaatschappij, die een belang kan hebben bij het bewaren van de goede relatie met zijn vaste opdrachtgever, de verzekeringsmaatschappij. De Europese Commissie lichtte hier met betrekking tot het vrije advocaatkeuzeartikel toe dat de advocaat in een gewetensconflict zou kunnen geraken als hij moet kiezen tussen de bijzondere financiële belangen van zijn vaste opdrachtgever, de verzekeringsmaatschappij, en zijn incidentele cliënt, verzekerde. Verzekerde hoeft deze situatie niet tegen zich te laten gelden.

175. *Handelingen van het Europees Parlement* d.d. 6 juli 1981, p. 13.

Het is van belang te weten dat in de richtlijnvoorstellen en Richtlijn 87/344/EEG niet werd uitgegaan van de later in Nederland ontstane figuur van de *advocaat in loondienst* van rechtsbijstandverzekeraar of een schaderegelingskantoor. In paragraaf 7.4.3 komt nog aan bod dat deze mogelijkheid in Nederland pas in 1997 ontstond. Uit de richtlijnvoorstellen en de toelichting daarop van de Europese Commissie valt op te maken dat deze niet uitging van de situatie van de (interne) advocaat in dienstbetrekking die verzekerde bijstaat. Alsdan is er, wanneer de overige operationele maatregelen worden toegepast, ook geen situatie waarin vanwege de cumulatie van verzekeringsbranches binnen de maatschappij een belangenconflict kan ontstaan. Zo volgt uit de eerste zin van de hiervoor aangehaalde toelichting bij artikel 5, het artikel van de vrije advocaatkeuze, dat de Commissie uitging van de advocaat waarvoor in de definitiebepaling van de rechtsbijstandverzekering was voorzien in de vergoeding van diens *kosten en honoraria*. Het gaat hier dus zonder twijfel om de vergoeding van de externe kosten, waaronder van zelfstandig werkende advocaten.

Zoals gezegd, bevatte de bepaling van de vrije advocaatkeuze van artikel 5 van het richtlijnvoorstel uit 1979 een algemeen recht op vrije advocaatkeuze, dat van toepassing is voor alle rechtsbijstandverzekeraars, multibranche of gespecialiseerd.<sup>176</sup> Net als in Richtlijn 87/344/EEG betrof deze ontwerpbeepaling een minimumrecht dat door alle verzekeringsmaatschappijen die de rechtsbijstandverzekeringsbranche beoefenen moest worden geëerbiedigd.<sup>177</sup>

Vermelding verdient nog dat, naast het hiervoor besproken algemene recht van vrije advocaatkeuze ook een dergelijke maatregel met een operationeel karakter bestond (vergelijk artikel 3 lid 2 onder c Richtlijn 87/344/EEG). In beide richtlijnvoorstellen was er namelijk niet voor gekozen om uitbesteding aan het schaderegelingskantoor voor de multibranche verzekeraar verplicht te stellen, maar was daarentegen bij wijze van subsidiaire maatregel voorzien in enkele aanvullende verplichtingen. Koos de multibranche verzekeringsmaatschappij niet voor uitbesteding van de schaderegeling aan het schaderegelingskantoor, dan gold als alternatieve (operationele) eis een verzwaarde informatieplicht (alle mogelijke belangenconflicten te vermelden) alsook ook een (ogenschijnlijk) ruim recht van vrije advocaatkeuze. Het richtlijnvoorstel uit 1979 bepaalde in dat verband namelijk:

### 'Artikel 3

(...)

4. In overeenkomsten ter zake van de verzekering van rechtsbijstand die worden gesloten door een onderneming die branches cumuleert zonder de schaderegeling voor de branche rechtsbijstand toe te vertrouwen aan een juridisch zelfstandige onderneming wordt bepaald dat, wanneer de

176. Het belangenconflict kan zich immers ook voordoen bij een gespecialiseerde rechtsbijstandverzekeraar, waar deze banden onderhoudt met een verzekeringsmaatschappij die ook andersoortige verzekeringen voert, zie paragraaf 4.4.2.

177. Behoudens de maatschappijen die van de werking van het advocaatkeuzerecht ingevolge de richtlijnvoorstellen waren uitgezonderd.

voor rechtsbijstand verzekerde om de tussenkomst van zijn verzekeraar verzoekt, deze hem in kennis moet stellen van alle omstandigheden waardoor tussen hen een belangenconflict zou kunnen ontstaan en hem tevens de mogelijkheid moet geven de verdediging van zijn belangen toe te vertrouwen aan een advocaat van zijn keuze. De verzekeraar die niet aan deze verplichting voldoet dient de schade te vergoeden die de verzekerde hiervan mocht lijden.<sup>178</sup>

De multibranche verzekeringsmaatschappij zonder uitbesteding van de schaderegeling draagt hier dus een zware informatieplicht waar zij op *alle* potentiële belangenconflicten moet wijzen die zich kunnen voordoen op het moment dat de verzekeraar wordt ingeschakeld. Daarnaast bevat de bovenstaande bepaling de verplichting om verzekerde de mogelijkheid te bieden diens advocaat te kiezen. Deze toevoeging doet het voorkomen alsof deze bepaling een gelijke strekking heeft als de variant van de *kostenverzekering* in artikel 3 lid 2 onder c Richtlijn 87/344/EEG: verzekerde heeft dan een recht zijn rechtsbijstandverlener te kiezen op het moment dat hij rechten aan de verzekering kan ontleen.

Het wordt hier uit de tekst echter niet duidelijk *op welk moment* verzekerde alsdan zijn belangen, op kosten van de verzekeringsmaatschappij kan toevertrouwen aan de gekozen advocaat. Dit laat twee mogelijkheden bestaan. Indien hier (slechts) beoogd is te benadrukken dat verzekerde een recht van vrije advocaatkeuze heeft, is deze toevoeging zinledig. Dit staat immers expliciet in artikel 5 van het richtlijnvoorstel vermeld. Daarom komt het aannemelijker voor dat daadwerkelijk beoogd is om het recht van vrije advocaat aanmerkelijk uit te breiden in de situatie waarin de multibranche verzekeringsmaatschappij geen gebruik maakt van het schaderegelingskantoor, zodat het moment van vrije advocaatkeuze dan aanmerkelijk wordt vervroegd. Deze uitleg past bij het grote belang dat regelmatig werd toegeschreven aan het schaderegelingskantoor. Door de Europese Commissie is hier echter niet gespecificeerd *op welk moment* verzekerde zijn belangen mag toevertrouwen aan de door hem gekozen advocaat.

In paragraaf 5.5 besprak ik dat in 1982 door de Europese Commissie een tweede, aangepast, richtlijnvoorstel werd ingediend bij de Raad van de EEG, naar aanleiding van de adviezen van het Europees Parlement en het Economisch en Sociaal Comité. In het tweede richtlijnvoorstel is het algemene vrije advocaatkeuzeartikel eveneens opgenomen, namelijk in artikel 6:

'Artikel 6. 1e alinea

Telkens wanneer de vertegenwoordiging en/of de verdediging van de belangen van een voor rechtsbijstand verzekerde aan een advocaat moeten worden opgedragen, moet de verzekerde deze vrij kunnen kiezen. De verzekerde kan in de overeenkomst van dit recht geen afstand doen.<sup>179</sup>

178. COM(79)396def., p. 12.

179. COM(82)43def., p. 9; onderstreping in de tekst van het artikel in dit document overgenomen.

De enige aanpassing in het vrije advocaatkeuzeartikel in het tweede richtlijnvoorstel van 1982 betreft het onderstreepte gedeelte (en/of). De Europese Commissie heeft hierover aangegeven dat geen wijzigingen zijn beoogd, zodat de bepaling inhoudelijk derhalve dezelfde betekenis en strekking heeft.<sup>180</sup> Hetgeen hierboven is besproken ten aanzien van artikel 5 van het richtlijnvoorstel uit 1979 geldt dus op dezelfde wijze voor artikel 6 van het tweede richtlijnvoorstel van 1982.

### 6.3 **Tekstuele vergelijking van de richtlijnvoorstellen artikel 5 (1979) respectievelijk artikel 6 (1982) met het definitieve vrije advocaatkeuzeartikel in Richtlijn 87/344/EEG**

Ik besprak hiervoor de ratio van het algemene artikel van de vrije advocaatkeuze in de richtlijnvoorstellen. Deze paragraaf vervolgt met een tekstuele vergelijking van deze bepalingen zoals deze in de richtlijnvoorstellen waren neergelegd met het equivalent ervan in Richtlijn 87/344/EEG, artikel 4 lid 1 onder a. Deze tekstuele analyse vormt tegelijkertijd de opmaat voor de volgende paragraaf, waarin ik bespreek hoe binnen de Raad van de EEG tot de uiteindelijke redactie van de bepaling van het recht van vrije advocaatkeuze in artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG werd gekomen.

Er zij aan herinnerd dat in de richtlijnvoorstellen het algemene recht van vrije advocaatkeuze als complementaire maatregel diende, ingeval van inschakeling van een *externe* advocaat. De bepaling was gekoppeld aan de noodzaak dat voor de bijstand van verzekerde een externe advocaat moest worden ingeschakeld. De redactie van de bepaling was nog (bewust) abstract waarbij de invulling aan partijen werd overgelaten:

‘Telkens wanneer de vertegenwoordiging en/of de verdediging van de belangen van een voor rechtsbijstand verzekerde aan een advocaat moeten worden opgedragen, moet de verzekerde vrij kunnen kiezen. De verzekerde kan in de overeenkomst van dit recht geen afstand doen.’

De tekst van het uiteindelijke vrije advocaatkeuzeartikel in Richtlijn 87/344/EEG verschilt aanmerkelijk van de richtlijnvoorstellen. Daarbij valt meteen de systematische en concrete formulering op van het artikel in Richtlijn 87/344/EEG:

#### ‘Artikel 4

1. In elke overeenkomst inzake rechtsbijstandverzekering moet uitdrukkelijk worden bepaald dat

a) indien een advocaat of andere persoon die volgens het nationaal recht gekwalificeerd is, wordt gevraagd de belangen van de verzekerde in een gerechtelijke of administratieve procedure te verdedigen, te vertegenwoordigen of te behartigen, de verzekerde vrij is om deze advocaat of andere persoon te kiezen;

180. COM (82)43def., p. 5.

b) de verzekerde vrij is om een advocaat of, indien hij daar de voorkeur aan geeft en voor zover het nationale recht zulks toestaat, een andere gekwalificeerde persoon te kiezen om zijn belangen te behartigen wanneer zich een belangenconflict voordoet.'

Zoals in hoofdstuk 1 ten aanzien van de inleiding en de onderzoeksopzet geschetst, biedt ook deze concrete formulering geen duidelijkheid over wat bedoeld wordt met de zinsnede 'wordt gevraagd'. Een tekstuele vergelijking geeft hier in zoverre geen duidelijkheid daar de redactie van de bepaling wezenlijk verschilt in richtlijnvoorstellen en richtlijn. Enkele opvallende verschillen kunnen evenwel worden aangestipt.

In de eerste plaats wijs ik erop dat de reikwijdte van de bepaling duidelijk is uitgebreid. Ten aanzien van de richtlijnvoorstellen is in de vorige paragraaf vermeld dat sprake was van een originair recht van 'vrije advocaatkeuze', daar het bereik enkel uitstreekte tot de keuze van een advocaat. In de Richtlijn 87/344/EEG is een opvallend ruimer bereik gegeven aan het keuzerecht. Zowel in sub a en sub b van artikel 4 lid 1 onder a van de Richtlijn 87/344/EEG is het keuzebereik ogenschijnlijk uitgebreid tot het gehele scala aan personen die de kwalificaties bezitten om voor verzekerde bij te staan. Naast de persoon van de advocaat wordt immers als mogelijke rechtshulpverlener van verzekerde gezien de 'persoon die volgens het nationaal recht gekwalificeerd is', hetgeen een zeer ruime scala aan personen impliceert afhankelijk van de regels van nationaal recht inzake de regeling van bevoegdheden inzake procesbijstand in procedures.

In de tweede plaats is opmerkelijk dat de voorwaarde van intreden van het recht van vrije keuze in de richtlijnvoorstellen nog is geformuleerd als *open norm*: 'telkens wanneer... moeten worden opgedragen'. In artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG is echter sprake van een meer gesloten norm: 'indien... wordt gevraagd', zulks met verwijzing gerechtelijke en administratieve procedures. Daarnaast is apart in artikel 4 lid 1 onder b van de Richtlijn 87/344/EEG (nog meer gesloten norm) bepaald dat het recht van vrije advocaatkeuze geldt in situatie dat zich een belangenconflict voordoet.

Wanneer artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn van de 87/344/EEG in samenhang met de richtlijnvoorstellen wordt gelezen, blijft er mijns inziens sprake van een driedelige onduidelijkheid in de bepaling, samenhangende met de drie kernbegrippen van het artikel. De tekst van de bepaling vergt nadere uitleg over de invulling van het begrip (1) 'wordt gevraagd', (2) de aanduiding van de 'andere persoon die volgens het nationaal recht kwalificeert' en (3) de aanduiding van de 'administratieve procedure'.

Met de woorden 'wordt gevraagd' is in artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG klaarblijkelijk *het moment* aangeduid dat verzekerde een aanspraak heeft op inschakeling van een advocaat naar zijn keuze. Dit moment werd in de richtlijnvoorstellen vooral aan de contractsvrijheid van verzekeraar en verzekerde overgelaten. Hier is vanzelfsprekend de vraag of de gewijzigde redactie afdoet aan de contractsvrijheid, zoals die nog gold in de richtlijnvoorstellen. Inmiddels heeft het HVJ EU in de zaak

*Sneller* in feite in bevestigende zin geoordeeld, nu dwingendrechtelijk geldt dat verzekerde in ieder geval recht heeft om zijn advocaat (of andere rechtshulpverlener) te kiezen wanneer sprake is van een gerechtelijke of administratieve procedure. Daarmee is derhalve geen zelfstandige waarde toegekend aan de zinsnede ‘indien... wordt gevraagd’. Deze uitleg staat derhalve haaks op strekking van de bepaling van vrije advocaatkeuze in de richtlijnvoorstellen. Het is echter voor de hand liggend dat het recht van vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG voortborduurde op de vergelijkbare bepaling in de richtlijnvoorstellen.

Kort gezegd kan men artikel 4 lid 1 onder a. op twee verschillende manieren lezen:

1) Met louter *externe* connotatie (vrije advocaatkeuze in beperkte zin):

Indien een [*externe*] advocaat of andere [*externe*] persoon die volgens het nationaal recht gekwalificeerd is, *wordt gevraagd* de belangen van de verzekerde in een gerechtelijke of administratieve procedure te verdedigen, te vertegenwoordigen of te behartigen, de verzekerde vrij is om deze advocaat of andere persoon te kiezen;

2) Met zowel *interne* als *externe* connotatie (vrije advocaatkeuze in ruime zin):

Indien verzekerde bijstand nodig heeft in een gerechtelijke of administratieve procedure.

Het behoeft geen betoog dat de eerste lezing vrijwel naadloos aansluit bij de huidige redactie van artikel 4 lid 1 onder a van de Richtlijn 87/344/EEG. Bovendien valt bij de tweede lezing op dat de boodschap aanmerkelijk eenvoudiger geformuleerd had kunnen worden dan de huidige tekst van artikel 4 lid 1 onder a.

Indien de advocaatkeuze in artikel 4 lid 1 onder a inderdaad in ruime zin moet worden uitgelegd, dan zou de tekst van artikel 4 van de Richtlijn 87/344/EEG als volgt aanmerkelijk eenvoudiger kunnen worden geformuleerd:

‘De verzekerde is vrij om een advocaat of, indien hij daar de voorkeur aan geeft en voor zover het nationale recht zulks toestaat, een andere gekwalificeerde persoon te kiezen om zijn belangen te behartigen wanneer:

- Hij bijstand behoeft in verband met een aanhangige of te starten gerechtelijke of administratieve procedure.
- Er sprake is van een belangenconflict.’

Op voorhand is na tekstuele vergelijking dus meer te zeggen voor de *beperkte* uitleg van het recht van vrije advocaatkeuze. Twee aspecten, die de uitleg van de bepaling bemoeilijken, kunnen echter niet worden genegeerd. Deze verlangen nog kort toelichting voordat ik in de navolgende paragraaf de laatste fase van het totstandkomingsproces van Richtlijn 87/344/EEG bespreek.

Als eerste kanttekening moet de vraag worden gesteld waarom in Richtlijn 87/344/EEG de toevoeging van ‘gerechtelijke en administratieve procedures’ is aangebracht. Uit de richtlijn blijkt niet waarom deze keuze is gemaakt. Door deze nadere specificering kan inmiddels snel worden gedacht dat een verzoek aan een externe advocaat niet vereist is, maar dat de enkele behoefte van verzekerde aan processuele bijstand in het kader van die gerechtelijke of administratieve procedure reeds aanleiding geeft tot een recht van de vrije advocaatkeuze. Nu hier een toelichting ontbreekt ter zake de verwijzing naar gerechtelijke en administratieve procedures, moet in ieder geval rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat de lidstaten tijdens de onderhandeling over Richtlijn 87/344/EEG (alsnog) een reden hebben gezien om de bescherming van verzekerde uit te breiden, zonder dat nog de koppeling wordt gelegd met belangenconflicten.

Als tweede kanttekening moet worden gewezen op de andere nadere specificering in artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG, wat betreft de groep personen die onder het bereik van de bepaling valt. Anders dan in de richtlijnvoorstellen is wel beschouwd geen sprake van een recht van ‘vrije advocaatkeuze’ maar van een ‘vrije keuze van rechtshulpverlener’. Ook deze uitbreiding wekt misverstanden in de hand. Immers, wat te denken van de situatie dat de jurist (niet-advocaat) van rechtsbijstandverzekeraar ‘wordt gevraagd’ om voor verzekerde een procedure te starten. Onder de richtlijnvoorstellen was dan bezwaarlijk sprake van een recht van vrije advocaatkeuze omdat nog geen sprake was van een *noodzaak* van inschakeling van een (externe) advocaat. De zaak kon hier kennelijk zonder een externe advocaat worden afgewikkeld. In de uiteindelijke redactie zou deze situatie, naar de tekst van de bepaling bezien, wél aanleiding kunnen geven tot een recht van vrije advocaatkeuze, nu in artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG niet letterlijk staat dat een ‘externe’ rechtshulpverlener moet worden gevraagd.

Resumerend geldt dat na tekstuele vergelijking van de richtlijnvoorstellen uit 1979 en 1982 met artikel 4 lid 1 onder a van de Richtlijn 87/344/EEG er twijfels over de juiste uitleg van de laatstgenoemde bepaling blijven bestaan. In essentie komen deze vragen van uitleg erop neer dat na een tekstuele vergelijking onzeker blijft wat in artikel 4 lid 1 onder a is bedoeld met de kernbegrippen (1) ‘wordt gevraagd’, (2) ‘gerechtelijke of administratieve procedure’ en ten slotte (3) ‘andere persoon die volgens het nationaal recht gekwalificeerd is’.

Na vergelijking van de tekst van de richtlijnvoorstellen met de Richtlijn 87/344/EEG kan zowel een ruime uitleg als een beperkte uitleg gelden. De tekst van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG verschilt redactioneel immers wezenlijk van de richtlijnvoorstellen. In de volgende paragraaf zal dus nader moeten worden onderzocht of de lidstaten in de Raad van de EEG de ratio van het algemeen recht van vrije advocaatkeuze in de richtlijnvoorstellen — gelegen in het voorkomen van belangenconflicten — hebben gevolgd of dat zij reden hebben gezien om de bepaling ook op andere grondslagen te baseren. Indien dit laatste het geval is, dient te worden achterhaald welke motieven dan aan artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG ten grondslag liggen.

## 6.4 **Het tweede richtlijnvoorstel van de Europese Commissie en de vrije advocaatkeuze in de Raad van de EEG**

### 6.4.1 **Inleiding**

Inmiddels ligt in verband met artikel 4 lid 1 onder a van de Richtlijn 87/344/EEG nog de vraag voor of de lidstaten in de Raad van de EEG hebben besloten de gedachte achter het (beperkte) recht van vrije advocaatkeuze zoals deze was geformuleerd in de richtlijnvoorstellen te volgen, of dat zij aanleiding hebben gezien om het recht een ruimer(e) bereik en strekking te geven. Ter beantwoording van die vraag put ik uit de kenbare interpretatiebron, namelijk de destijds opgestelde werkdocumenten van de Raad van de EEG. De documenten verschaffen een waardevol inzicht in het laatste stadium van het totstandkomingsproces van de richtlijn.

In het hierna te bespreken onderhandelingsproces binnen de Raad van de EEG hebben de vertegenwoordigers van de lidstaten de voorliggende maatregelen van het tweede richtlijnvoorstel behandeld. De lidstaten, althans hun vertegenwoordigers, redeneerden tijdens het besprekingsproces vanuit de doelstellingen van de Richtlijn 87/344/EEG: het bevorderen van het recht van vrijheid van vestiging voor verzekeringsmaatschappijen in het kader van de rechtsbijstandverzekering alsmede het voorkomen en bestrijden van belangenconflicten tussen verzekeraar en verzekerde. Net als ik in hoofdstuk 5 deed, zal ik het recht van vrije advocaatkeuze in samenhang met de operationele maatregelen ten aanzien van de interne schaderegeling bespreken. Dit strookt immers met de systematiek van de richtlijnvoorstellen waarin, zoals gezegd, de bepaling van de vrije advocaatkeuze een meer extern gerichte lading heeft terwijl de operationele maatregelen zich richten op interne processen bij de verzekeringsmaatschappij.

Ten aanzien van het onderhandelingsdebat in de Raad dient voorts in ogenschouw te worden genomen dat richtlijnen destijds werden aangenomen bij eenparigheid van stemmen.<sup>181</sup> Alle lidstaten dienden dus achter het uiteindelijke ontwerp van de richtlijn te staan, alvorens de richtlijn kon worden aangenomen. Dit heeft het proces allicht vertraagd. Ook heeft het ertoe geleid dat uit de documentatie van de Raad goed is af te leiden welke standpunten voor lidstaten van wezenlijk belang waren en op welke punten de lidstaten bereid waren concessies te doen.

De dynamiek van het onderhandelingsproces werd voorts ook nog gekleurd doordat de lidstaten in hun overwegingen tijdens het debat anticipeerden op de later nog tot stand te komen richtlijn op het gebied van dienstverrichting in het directe verzekeringsbedrijf (Richtlijn 88/357/EEG, zijnde de tweede richtlijn schadeverzekeringen). De lidstaten beseften dat de gemaakte principiële keuzes ten aanzien van de in een lidstaat toegelaten wijzen van schaderegeling van artikel 3 lid 2 van de Richtlijn 87/344/EEG implicaties zouden kunnen hebben op het recht van vrijheid van dienstverrichting binnen de EU. Daarom hebben de lidstaten er bijvoorbeeld uiteindelijk in toegestemd dat ten aanzien van de verschillende operationele wijzen

---

181. Artikel 54 lid 2 Verdrag ter oprichting van de Europese Economische Gemeenschap van 1957.



van schaderegeling is bepaald dat deze gelijkwaardig zijn.<sup>182</sup> Dat de lidstaten de onderscheidenlijke maatregelen ten aanzien van voorkoming van belangenconflicten in de schaderegeling ook daadwerkelijk gelijkwaardig achtten, is daarmee nog niet gezegd.

Het zwaartepunt in de navolgende paragraaf zal liggen op het achterhalen van de motieven van de lidstaten om te kiezen voor de uiteindelijke tekstuele opzet en redactie van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG. Aan de hand van die informatie kan worden achterhaald of de bepaling overeenstemt met het algemeen recht van vrije advocaatkeuze in de richtlijnvoorstellen of dat er een meer zelfstandige strekking aan is gegeven, in welk geval dan moet worden herleid welke redenen daaraan ten grondslag liggen.

#### 6.4.2 **Bespreking van de vrije advocaatkeuze in samenhang met de overige operationele maatregelen inzake schaderegeling in de (werk)Groep Economische Vraagstukken, de ad-hoc-raden en het Comité van Permanente Vertegenwoordigers**

##### 6.4.2.1 *De operationele maatregelen ten behoeve van de verzekeringsmaatschappij*

De Groep Economische Vraagstukken, welke werd gevormd door vertegenwoordigers van de lidstaten, is in 1982 na indiening van het tweede richtlijnvoorstel aangevangen met het bespreken van dit richtlijnvoorstel. Het tweede richtlijnvoorstel van de Europese Commissie was aldus het ‘praatstuk’ van de besprekingen van de werkgroep.

Dit voorliggende (tweede) richtlijnvoorstel voorzag naast het algemene recht van vrije advocaatkeuze (artikel 6) in een drietal mogelijke operationele modellen van schaderegeling, voor de gespecialiseerde rechtsbijstandverzekeraar en de multibranche verzekeraar. Deze waren als volgt:

1. Gescheiden beheer (voor de gespecialiseerde rechtsbijstandverzekeraar): verplichte gescheiden schaderegeling van rechtsbijstand – afgezonderd van andere verzekeringsbranches (art. 5 lid 1 tweede richtlijnvoorstel);
2. Schaderegelingskantoor (voor de multibranche en gespecialiseerde rechtsbijstandverzekeraar): uitbesteding van de schaderegeling aan een juridisch zelfstandige onderneming – een schaderegelingskantoor (art. 4 lid 1 tweede richtlijnvoorstel);
3. Kostenverzekering (voor de multibranche verzekeraar die niet kiest voor het gebruik van het schaderegelingskantoor): de verzwaarde informatieplicht om bij ondertekening van de rechtsbijstandovereenkomst en wanneer een schade

182. Dit houdt in dat de keuze van de ene lidstaat voor een of meerdere alternatieven van artikel 3 lid 2 Richtlijn 87/344/EEG er niet toe kan leiden dat rechtsbijstandverzekeraars in een andere lidstaat kunnen worden belemmerd om op het grondgebied van deze ene lidstaat diensten te verrichten door middel van een andere – niet door deze ene lidstaat gekozen – wijze van schaderegeling van artikel 3 lid 2 Richtlijn 87/344/EEG.

wordt gemeld verzekerde de mogelijkheid bieden om zijn belangen toe te vertrouwen aan een advocaat van diens keuze (art. 3 lid 3 tweede richtlijnvoorstel).

In het voorliggende richtlijnvoorstel was vastgelegd dat naast de voornoemde organisatorische een algemeen (minimum)recht van vrije advocaatkeuze gold, dat luidde:

‘Artikel 6

Telkens wanneer de vertegenwoordiging en de verdediging van de belangen van een voor rechtsbijstand verzekerde aan een advocaat moeten worden opgedragen, moet de verzekerde vrij kunnen kiezen. De verzekerde kan in de overeenkomst van dit recht geen afstand doen.’

Zoals hiervoor reeds besproken, ging artikel 6 van het tweede richtlijnvoorstel uit van een *complementair* recht van vrije advocaatkeuze, voor het geval dat een *externe* advocaat voor verzekerde moest worden ingeschakeld.

Het is niet verwonderlijk dat de Bondsrepubliek Duitsland ter zake een voorbehoud maakte bij de verscheidene maatregelen van het richtlijnvoorstel. Immers, zoals in hoofdstuk 4 en 5 besproken, was de tegenprestatie voor de in het richtlijnvoorstel opgenomen maatregelen de afschaffing van de specialisatie-eis (‘Spartentrennung’) van de Duitse Bondsrepubliek. De Bondsrepubliek Duitsland vond de in het tweede richtlijnvoorstel ter zake belangenconflicten geboden oplossingen echter niet toereikend. De Bondsrepubliek Duitsland protesteerde namelijk tegen het slechts op *vrijwillige* basis hoeven uitbesteden van de schaderegeling, wat onvoldoende werd geacht.<sup>183</sup>

Zowel de Nederlandse als Duitse lidstaat was in de eerste besprekingen van de werkgroep overtuigd van het gebruik van het schaderegelingskantoor en zagen dit als het alternatief voor multibranche verzekeringsondernemingen. Het schaderegelingskantoor was van Nederlandse origine en Nederland benadrukte dat daarmee goede resultaten waren geboekt en dat het gebruik ervan slechts tot een marginale premiestijging leidde.<sup>184</sup>

De overige lidstaten daarentegen waren van mening dat de multibranche verzekeringsmaatschappijen die gebruik zouden maken van een schaderegelingskantoor ook de informatieverplichtingen omtrent belangenconflicten in acht moesten nemen. Artikel 3 lid 3 van het tweede richtlijnvoorstel bepaalde namelijk ter zake:

183. SURE 26/82, p. 2.

184. SURE 26/82, p. 16.

‘Artikel 3 lid 3:

In overeenkomsten ter zake van de verzekering van rechtsbijstand die worden gesloten die branches cumuleert [*de multibranche ondernemingen; DBH*], wordt bepaald dat:

- de verzekeraar de voor rechtsbijstand verzekerde bij ondertekening van de overeenkomst moet wijzen op de mogelijkheid van een belangenconflict tussen hen,
- wanneer deze verzekerde om de tussenkomst van zijn verzekeraar verzoekt, deze hem de mogelijkheid moet geven de verdediging van zijn belangen toe te vertrouwen aan een advocaat van zijn keuze.

De verzekeraar die niet aan deze verplichting voldoet dient de schade te vergoeden die verzekerde als gevolg hiervan mocht lijden.’

Voor de lidstaten lag het zwaartepunt in deze bepaling in de zinsnede na het tweede streepje, ingevolge waarvan de verzekeraar, nadat deze om diens tussenkomst verzoekt, aan verzekerde de mogelijkheid moet bieden om *de verdediging toe te vertrouwen aan een advocaat van zijn keuze*. Op het eerste gezicht lijkt deze verplichting te behelzen dat de verzekeraar hier *meteen*, vanaf het moment dat verzekerde ter zake een gedekt geschilrisico diens tussenkomst verzoekt, de vrije advocaatkeuze moet verlenen (vergelijk artikel 3 lid 2 onder c Richtlijn 87/344/EEG).<sup>185</sup> Dit lijkt echter niet het geval te zijn, daar *het moment* dat verzekerde daadwerkelijk aanspraak maakt op de vrije keuze — het vrije advocaatkeuzemoment — hierbij niet is benoemd. De Europese Commissie expliceerde hier echter:

‘Het Secretariaat en de Commissiediensten geven in overweging om ter vermijding van alle dubbelzinnigheid de tekst bij het tweede streepje te vervangen door de navolgende: “wanneer deze verzekerde zijn verzekeraar inschakelt, moet deze hem wijzen op de inhoud van artikel 6, eerste alinea, inzake de vrije keuze van advocaat.”’<sup>186</sup>

De discussie betrof daarmee de reikwijdte van de informatieverplichtingen van de rechtsbijstandverzekeraar jegens verzekerde ter zake belangenconflicten als besproken in paragraaf 4.5. Deze discussie initieerde echter het debat over de reikwijdte van de vrije advocaatkeuze. Niet voor alle lidstaten sprak het voor zich dat het informeren van verzekerde diende te geschieden volgens artikel 3 lid 3 van het richtlijnvoorstel. De lidstaten Nederland en de Bondsrepubliek Duitsland waren van mening dat deze informatieverplichting achterwege kon worden gelaten bij de toepassing van het schaderegelingskantoor, omdat het gevaar van belangenconflicten volgens deze lidstaten dan afdoende was afgewend. In dat verband bepaalde het voorliggende richtlijnvoorstel inderdaad dat deze informatieverplichting buiten toepassing kon blijven bij gebruik van het schaderegelingskantoor:

185. Zie ook paragraaf 6.2 hiervoor.

186. SURE 26/82, p. 13 onder noot 1.

‘Artikel 4 lid 2

De bepalingen van artikel 3 lid 3 zijn niet van toepassing op ondernemingen die deze schaderegeling aan een juridisch zelfstandige onderneming toevertrouwen.’

De meeste lidstaten bepleitten echter de afschaffing van deze, in hun ogen discriminatoire, uitzondering in het richtlijnvoorstel. Zij bepleitten aldus een uniforme toepassing van deze informatieverplichting voor alle multibranche verzekeraars, ongeacht of er gebruik werd gemaakt van een schaderegelingskantoor, en zij wensten zelfs toepassing ervan op de gespecialiseerde ondernemingen.<sup>187</sup> Zij wezen er daarbij (mijns inziens terecht) op dat belangenconflicten zich ook konden voordoen bij de gespecialiseerde ondernemingen:

‘Artikel 3 lid 3

Het overgrote deel van de delegaties (B, DK, SP, F, GR, I, IRL, L, P, VK) is van mening dat deze bepaling van toepassing moet zijn op alle verzekeringsondernemingen ongeacht of ze gespecialiseerd zijn in rechtsbijstand. De meeste van deze delegaties stelden voor om het eerste streepje van deze bepaling te schrappen, omdat hierdoor problemen zouden rijzen bij de praktische toepassing zonder dat de consumentenbescherming er feitelijk door wordt verbeterd. Zij drongen echter aan op handhaving van het tweede streepje, een essentieel onderdeel van deze bepaling, omdat dit de enige adequate waarborg voor de verzekerde biedt bij belangenconflicten met de verzekeraar.’<sup>188</sup>

De discussie tussen de lidstaten, Nederland en de Bondsrepubliek Duitsland enerzijds en de overige lidstaten anderzijds, scharnierde in essentie wel degelijk om de wijze van toepassing van de vrije advocaatkeuze. De lidstaat Frankrijk bepleitte daarbij het meerderheidsstandpunt, een *ruime* vrije advocaatkeuzemogelijkheid vanaf het moment van bestaan van dekking onder de rechtsbijstandverzekering. Het standpunt van Frankrijk werd in een vergadering van de Groep Economische Vraagstukken in 1986 als volgt verwoord:

‘De verzekerde moet ongeacht wanneer de mogelijkheid hebben zijn verdediger te kiezen of gebruik te maken van de scheidsrechterlijke procedure en dus moet de informatie reeds bij ondertekening van de overeenkomst worden verstrekt (Franse delegatie).’<sup>189</sup>

Nederland en de Bondsrepubliek Duitsland wezen deze zienswijze van de hand. Deze beide lidstaten onderschreven de methode waarbij de rechtsbijstandverzekeraar zoveel mogelijk zelf de dienstverlening van rechtsbijstand verricht en pas de vrije

187. SURE 26/82, p. 17.

188. SURE 26/82, p. 12.

189. SURE 13/86, p. 5.

keuze verleent op het moment dat zulks strikt noodzakelijk is. Deze lidstaten vertrouwden immers op de werking van de schaderegelingskantoren ter voorkoming van belangenconflicten. Derhalve betoogden de lidstaten in dezelfde vergadering van de Groep Economische Vraagstukken in 1986 (samengevat):

‘De andere opvatting (Duitse en Nederlandse delegatie) gaat uit van de bestaande praktijk in Nederland en de Bondsrepubliek Duitsland, namelijk om de vrije keuze uitsluitend te waarborgen indien de verzekeringsmaatschappij het geschil niet meer door haar eigen juridisch adviseurs kan regelen. De verzekerde zou dan pas moeten worden ingelicht op het tijdstip waarop een belangenconflict dreigt te ontstaan. Toch zouden volgens deze beide delegaties de daaraan klevende bezwaren automatisch worden ondervangen indien artikel 4, tweede alinea (waarbij artikel 3 bis buiten toepassing blijft wanneer de rechtsbijstandschaderegeling wordt toevertrouwd aan een juridisch zelfstandige onderneming) in de tekst van de richtlijn wordt opgenomen.’<sup>190</sup>

Voor Nederland en de Bondsrepubliek Duitsland was het dus enkel aanvaardbaar de verplichting van een ruime informatieverplichting en ruimer advocaatkeuzerecht te beperken tot de ondernemingen die de schaderegeling niet uitbesteden aan een schaderegelingskantoor. In dat verband werd blijkens bovenstaand citaat de kritiek uitgeoefend dat verzekerde dan pas zeer laat werd geïnformeerd op het moment dat een belangenconflict dreigt te ontstaan, aldus pas bij de overdracht van het dossier aan een *externe* advocaat (waarbij dan het belangenconflict op de loer ligt dat deze advocaat tevens de huisadvocaat van de maatschappij is). Ook bij sommige andere lidstaten bestonden bezwaren tegen een ruimhartige toepassing van de vrije advocaatkeuze, gezien de hoogte van de daarmee gepaard gaande kosten.<sup>191</sup>

Er moest tussen de lidstaten in de eerste plaats consensus worden bereikt over de in de richtlijn te waarborgen operationele maatregelen van schaderegeling. Deze werd gevonden in het naast elkaar bieden van drie alternatieven van operationele inrichting van de rechtsbijstandschaderegeling. Door de lidstaat of, bij gebreke van diens keuze, de rechtsbijstandverzekeraar dient een keuze te worden gemaakt uit een van de alternatieven. De alternatieven zijn uiteindelijk vastgelegd in artikel 3 lid 2 Richtlijn 87/344/EEG en betreffen:

1. gescheiden beheer: voor zowel de gespecialiseerde als de multibranche onderneming;<sup>192</sup>
2. schaderegelingskantoor: voor zowel de gespecialiseerde als de multibranche onderneming;

190. SURE 13/86, p. 6.

191. SURE 35/82, p. 5-6; SURE 9/86, p. 19.

192. Zoals hiervoor benoemd, gold in het tweede richtlijnvoorstel het gescheiden beheer qua schaderegeling enkel voor de gespecialiseerde rechtsbijstandverzekeraar. Dit werd echter discriminerend geacht, zie SURE 9, p. 16.

3. vrije advocaatkeuze vanaf het moment dat er sprake is van een gedekte schade (de ruime vrije advocaatkeuzevariant).

Deze derde variant was nieuw ten opzichte van het voorliggende richtlijnvoorstel en is in de Groep Economische Vraagstukken als extra alternatief aangedragen door lidstaat Italië.<sup>193</sup> Deze maatregel van een ruim recht van vrije advocaatkeuze vertoont op het eerste gezicht een sterke verwantschap met de hiervoor besproken maatregel van artikel 3 lid 3 van het tweede richtlijnvoorstel, onder het tweede streepje. Het grote verschil is echter dat bij de voorziening in de richtlijnvoorstellen door de Europese Commissie niet aangegeven werd *wanneer* verzekerde een door hem gekozen advocaat mocht inschakelen. De Europese Commissie lichtte — zoals hiervoor besproken — tijdens de behandeling door de Groep Economische Vraagstukken toe dat deze bepaling slechts verwees naar het algemene recht van vrije advocaatkeuze van artikel 6 van het tweede richtlijnvoorstel.

Deze nieuwe variant van operationele inrichting van rechtsbijstandschaderegeling betreft aldus een aanzienlijk ruimere vrije advocaatkeuze dan het algemene recht van vrije advocaatkeuze vervat in artikel 6. Het onderscheid werd in de besprekingen in de Groep Economische Vraagstukken als volgt door de Italiaanse lidstaat toegelicht:

‘... wees de Italiaanse delegatie erop dat de vrije keuze van een advocaat als alternatieve mogelijkheid betekent dat de verzekerde zich tot een advocaat van zijn keuze kan wenden zodra hij van mening is dat er een geschilrisico bestaat dat door zijn rechtsbijstandverzekering wordt gedekt; voorts stelt zij de meerbrancheverzekeringsonderneming vrij van de verplichting van een gescheiden schaderegeling of om een schaderegelingskantoor te openen. Dit betekent een verschil met de vrije keuze van een advocaat die in artikel 6 aan de verzekerde wordt gegarandeerd, en die complementair is voor alle keuzemogelijkheden; dit recht wordt namelijk uitgeoefend in het kader van een gerechtelijke of administratieve procedure vanaf het moment dat “een advocaat wordt gevraagd de belangen van de verzekerde te behartigen”, welk tijdstip contractueel tussen verzekeraar en de verzekerde wordt bepaald.’<sup>194</sup>

Deze derde optie van de operationele maatregelen omtrent de schaderegeling, de *ruime* advocaatkeuzevariant oftewel de variant van de ‘kostenverzekering’, betekent evenwel niet dat de verzekerde verplicht is een *externe* advocaat te kiezen. Het betreft hier een *recht* van de verzekerde. Ter toelichting van deze bepaling werd namelijk op een later moment door de lidstaten een interpreterende verklaring opgenomen voor de Raad van de EEG waaruit volgt dat verzekerde desgewenst ook mag opteren voor een voldoende gekwalificeerde medewerker van de verzekeringsonderneming om hem bij te staan:

193. SURE 23/86, p. 2-3.

194. SURE 25/86, p. 9.

‘De raad verklaart dat artikel 3, lid 2, sub c), niet belet dat de verzekerde, indien hij dat wenst, als juridisch raadsman een naar behoren gekwalificeerd persoon kan kiezen die in loondienst van zijn verzekeraar is, voor zover de in zijn lidstaat bestaande voorschriften en gebruiken hiervoor geen belemmering vormen.’<sup>195</sup>

Belangrijk is op te merken dat deze verklaring alleen ziet op artikel 3 lid 2 sub c van de Richtlijn 87/344/EEG en niet op artikel 4 lid 1 sub a van de Richtlijn 87/344/EEG. Dit pleit ervoor dat bij de vrije advocaatkeuze conform artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG het al een gegeven is *dat* een externe rechtsbijstandverlener wordt ingeschakeld. Toepassing van deze interpreterende verklaring op artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG zou dan zinledig zijn. Bij dit detail zal ik in de volgende paragraaf nog verder stilstaan.

#### 6.4.2.2 *Het aanvangsmoment van de ‘vrije advocaatkeuze’ en de groep te kiezen rechtshulpverleners*

Door het bieden van de drie opties van operationele inrichting van de rechtsbijstandschaderegeling was deze discussie omtrent de waarborgen van de operationele uitvoering van rechtsbijstand in hoofdlijnen beslecht. In het verlengde daarvan hebben de lidstaten de afbakening van het (minimum)recht van vrije advocaatkeuze besproken. Zoals eerder genoemd, stelden Nederland en de Bondsrepubliek Duitsland daaromtrent de eis dat de vrije advocaatkeuze eerst moest worden verleend als er *noodzaak* tot uitbesteding bestond en de verzekeringsmaatschappij de schade aldus niet zelf kon afwikkelen.<sup>196</sup>

In de vergaderingen van 30 september en 1 oktober 1982 van de Groep Economische Vraagstukken kwam de kwestie van de vrije advocaatkeuze in artikel 6 van het tweede richtlijnvoorstel voor het eerst aan de orde.<sup>197</sup> De lidstaten onderschreven unaniem het belang van dit recht. Evenwel kwam daarbij een drietal vragen aan de orde, namelijk de vraag (1) *wie beslist over de noodzaak om een advocaat in te schakelen*, (2) *op welk ogenblik wordt de advocaat gekozen* en (3) *moet die keus onbeperkt zijn met name wat de persoon betreft?* Namens de Europese Commissie werd door een Commissievertegenwoordiger toelichting verschaft op de inhoud en strekking van het voorgestelde recht van vrije advocaatkeuze.

Wat betreft de eerste twee vragen, naar de *noodzaak van inschakeling* van de advocaat en het *ogenblik van keuze* gaf de Commissievertegenwoordiger in dezelfde vergadering in 1982 een toelichting. Omtrent de voorwaarde voor intreding van het vrije advocaatkeuzerecht in het artikel — *‘telkens wanneer de vertegenwoordiging en/of de verdediging van belangen van een voor rechtsbijstand verzekerde aan een advocaat moeten worden opgedragen...’* — verklaarde de Commissievertegenwoordiger:

195. SURE 27/87, p. 11.

196. Zie SURE 13/86, p. 6.

197. SURE 35/82, p. 4 e.v.

‘zette de Commissievertegenwoordiger uiteen dat zijn instelling met de woordkeuze “telkens wanneer moeten” zich niet probeert te mengen in de binnen de lidstaat bestaande gebruiken. Normaliter wordt het antwoord op deze vragen in gezamenlijk overleg tussen verzekeraar en verzekerde gegeven, waarbij deze laatste de eigenlijke keuze van de advocaat doet. Bij verschil van mening geven de procedures van artikel 7, eerste alinea, (scheidsrechterlijke procedure) de partijen de mogelijkheid beiderzijds hun inzicht te verdedigen.’

Nederland onderschreef de zienswijze van de Commissie:

‘De Nederlandse delegatie stemde in met de door de Commissie voorgestelde tekst. Zij herinnerde eraan dat in haar land de beslissing om een advocaat in te schakelen genomen wordt door de verzekeringsonderneming, waarbij de verzekerde zijn eventueel afwijkend inzicht naar voren kan brengen in een geschillenregeling. Een ander systeem, waarbij de verzekerde bijvoorbeeld op elk door hem gewenst ogenblik een advocaat zou kunnen kiezen, zou de kosten van de betrokken verzekering drastisch en onaanvaardbaar verhogen.’<sup>198</sup>

De Europese Commissie onderstreepte dus dat het recht op vrije advocaatkeuze in de ontwerp-bepaling een beperkt normatief gehalte had.<sup>199</sup> In het verdere debat werd duidelijk dat de lidstaten discussieerden over de afbakening van de bevoegdheid van de rechtsbijstandverzekeraar ter zake dienstverlening in natura. Deze kwestie omtrent de afbakening van bevoegdheid van de verzekeringsmaatschappij enerzijds en de rol van de onafhankelijke advocaat anderzijds was in dezelfde vergadering reeds aan bod gekomen in het kader van artikel 5 van het tweede richtlijnvoorstel, ten aanzien van de bevoegdheid tot het geven van juridische adviezen door de gespecialiseerde rechtsbijstandverzekeraar. Lidstaat België drong er ter zake op aan dat de rol van de (externe) advocaat door bepalingen van de richtlijn niet moest worden uitgehold ten gunste van de rechtsbijstandverzekeraar:

‘Voorts merkte zij [België, DBH] op er niet mee akkoord te gaan dat een mogelijke wijziging in de situatie in bepaalde landen — zoals bijvoorbeeld België — waar de mogelijkheden voor door de onderneming te geven adviezen vrij beperkt is, de vrije keus van de advocaat door de verzekerde kan uithollen. In dat geval zou de rol van de advocaat worden beperkt als de onderneming zelf de adviezen kan geven die normaliter alleen de advocaat geeft.’<sup>200</sup>

Ook hier merkte de Nederlandse lidstaat op dat haar praktijk juist uitging van een ruime bevoegdheid van dienstverlening in natura door de rechtsbijstandverzekeraars:

198. SURE 13/86, p. 6.

199. Zie eveneens paragraaf 6.2 hiervoor.

200. SURE 35/82, p. 3.



‘De Franse en Nederlandse delegatie deelden deze bezorgdheid niet. In hun landen strekt de bevoegdheid van de verzekeringsondernemingen namelijk zeer ver (bijvoorbeeld tot het indienen van schuldvorderingen) en zij willen deze toestand, die de belangen van de verzekerde niet schaadt, niet veranderen.’<sup>201</sup>

De Belgische lidstaat herhaalde haar kritiek in het kader van de bespreking van artikel 6 van het richtlijnvoorstel, met haar bezorgdheid dat de formulering ‘telkens wanneer... moeten worden opgedragen’ onvoldoende waarborgen bood voor de bescherming van verzekerde in diens vrije keuze van advocaat. Aldus de Belgische lidstaat, gesteund door andere lidstaten:

‘De Belgische, de Duitse, de Deense, de Griekse, de Italiaanse en de Luxemburgse delegatie waren van mening dat de vrije keuze van de verzekerde ruim moet zijn. De bewoordingen “telkens wanneer moeten...” geven hun in dit opzicht niet voldoende waarborgen, omdat restrictieve uitlegging ervan de draagwijdte van dit grondrecht aanzienlijk zou kunnen beperken.’<sup>202</sup>

Hun kritiek werd in hetzelfde document als volgt gespecificeerd:

‘De Duitse delegatie opperde om te zeggen dat “wanneer de vertegenwoordiging en/of de verdediging van de belangen van de voor rechtsbijstand verzekerde aan een advocaat wordt opgedragen, deze verzekerde de vrijheid moet hebben om die advocaat te kiezen”. De Deense delegatie wenste verduidelijkt te zien dat de verzekerde zelf de advocaat kan kiezen. De Belgische, de Griekse, de Italiaanse en de Luxemburgse delegatie benadrukten in het bijzonder het belang van de keuze door de verzekerde van het ogenblik dat de advocaat gaat optreden; de Italiaanse delegatie vestigde de aandacht op de urgentie die zo’n beslissing kan vergen bij beroep tegen een vonnis in eerste aanleg. Tevens wenst zij verduidelijking van de bewoordingen “... aan een advocaat worden opgedragen...”. Hieromtrent merkte de Belgische delegatie op dat het doel van bescherming van verzekerde zeker niet bereikt wordt als deze zich eerst van de scheidsrechterlijke procedure van artikel 7, eerste alinea, moet bedienen alvorens de advocaat ook maar gaat optreden (zie ook punt 6 op blz. 9 hierna).’<sup>203</sup>

Deze normatieve toets, welke beoogt aan te geven wanneer het recht van vrije advocaatkeuze intreedt, besloten in de woorden ‘telkens wanneer de vertegenwoordiging en de verdediging van de belangen van een voor rechtsbijstand verzekerde aan een advocaat moeten worden opgedragen’, werd aldus onvoldoende bepaald en vatbaar voor onwenselijke interpretatie bevonden. In opvolgende teksten van de ontwerp-richtlijn werd de tekst van het vrije advocaatkeuzeartikel derhalve

201. Eveneens SURE 35/82, p. 3.

202. SURE 35/82, p. 6.

203. Idem.

verder geconcretiseerd, allereerst met de ontwerptekst van de vergadering van de Groep Economische Vraagstukken van 17 en 18 april 1986, luidende:

#### 'Artikel 6

In elke rechtsbijstandovereenkomst moet uitdrukkelijk de vrijheid van de verzekerde worden erkend om een [advocaat] [verdediger] te kiezen wanneer de verdediging van zijn belangen zulks vereist.<sup>204</sup>

Een duidelijk verschil tussen deze ontwerptekst en de oorspronkelijke tekst van het tweede richtlijnvoorstel — 'telkens wanneer... moeten worden opgedragen' — is dat de norm van de nieuwe tekst beduidend concreter is, daar niet uit wordt gegaan van de niet nader gespecificeerde 'noodzaak' tot inschakeling van een advocaat maar wordt onderstreept dat de vrije keuze moet worden gewaarborgd *wanneer* de verdediging van de belangen van verzekerde dit rechtvaardigt. Naar mijn mening duidt de woordkeuze 'wanneer' in plaats van 'telkens wanneer' bovendien aan dat beoogd is aan te sluiten bij het *concrete* moment waarop een advocaat in de vertegenwoordiging of verdediging van verzekerde moet worden betrokken, waar met de woorden 'telkens wanneer' meer werd aangeknoopt bij een *algemene*, zij het *abstracte*, *hypothetische* situatie. Deze nieuwe ontwerptekst sluit in mijn ogen dan ook beter aan bij de wens van de Nederlandse en Duitse lidstaat, hiervoor besproken, om de vrije keuze (als een complementaire maatregel) te waarborgen op het moment dat daadwerkelijk een externe advocaat in de rechtsbijstand van verzekerde moet worden betrokken.

Zoals reeds genoemd, kwam in de vergaderingen van 30 september en 1 oktober 1982 als derde te beantwoorden kwestie aan bod de vraag of *de keuze van verzekerde met name wat de persoon betreft onbeperkt moet zijn?* Omtrent deze vraag van de lidstaten ten aanzien van de vrije advocaatkeuze lichtte de commissievertegenwoordiger in de vergadering van de Groep Economische Vraagstukken als volgt toe:

'Over de derde hierboven gestelde vraag, namelijk of de keuze van de advocaat geheel vrij moet zijn wat diens persoon betreft, merkte de Commissievertegenwoordiger op dat het onderhavige voorstel dit aspect van de zaak niet bedoelt te regelen en het dus overlaat aan inzicht en gewoonten van de Lid-Staten (waar de verzekerde zich doorgaans laat leiden door de adviezen van de verzekeraar of diens tussenpersoon). Toch nodigde men hem uit zich te beraden over de beperkingen die eventueel inzake het gehele artikel 6 kunnen worden overwogen, buiten de beperkingen die reeds vervat is in artikel 1, tweede alinea, van de richtlijn (gebruik van zeeschepen). Uit het debat bleek inderdaad enerzijds dat moeilijk aanvaardbaar is dat elke advocaat — een nationaal onderdaan, een onderdaan van een andere Lid-Staat of een van een derde land — vrij door de verzekerde kan worden gekozen (gezien vooral de stijging van de kosten); en anderzijds dat er geschillen kunnen ontstaan in een derde

204. SURE 14/86, p. 8, behorende bij het verslag van de Groep Economische Vraagstukken van 17 en 18 april 1986, zie SURE 13/86.

land waarbij het inschakelen van een advocaat in dat land zeker in het belang van de verzekerde, maar ook in dat van de verzekeraar zal zijn.<sup>205</sup>

Voorts besloten de lidstaten in dezelfde vergadering daaromtrent:

‘4. Artikel 6, tweede alinea

Onverminderd de al over de vrije keus van de persoon van de advocaat gemaakte opmerkingen, achtten verscheidene delegaties de in deze alinea gegeven definitie van de advocaat onnodig; het spreekt vanzelf dat elke Lid-Staat Richtlijn 77/249/EEG inzake het vrij verrichten van diensten door advocaten moet toepassen en dus als “advocaat” elke daarin bedoelde persoon moet toelaten. Wel zou dienstig zijn er in artikel 6 rekening mee te houden dat in verscheidene Lid-Staten niet alleen een advocaat maar ook anderen verzekerde kunnen vertegenwoordigen, bijvoorbeeld in arbeids- of handelsprocedures. In dat verband werd geopperd om de formulering van de eerste alinea van artikel 6 te wijzigen door daarin mede de personen op te nemen die krachtens de wetgeving van de betrokken Lid-Staat gemachtigd zijn om de belangen van de verzekerde te vertegenwoordigen of verdedigen.’

De lidstaten besloten aldus over te gaan tot de nadere afbakening van de door verzekerde ter zake het keuzerecht te kiezen personen. In de besprekingen daaromtrent ligt zo gezien ook de kwestie van de omvang van de kosten voor de rechtsbijstandverzekeraar gemoeid met de verlening van de vrije advocaatkeuze besloten. Dit aspect van de te vergoeden kosten zal later in deze paragraaf nog aan bod komen.

Op 29 en 30 mei en op 4 juni 1986 heeft de Groep Economische Vraagstukken in zijn vergaderingen de kwestie van de vrije advocaatkeuzebepaling wederom behandeld en de bepaling verregaand geconcretiseerd. De lidstaten formuleerden de volgende vereisten om te komen tot een verbeterde bepaling van het vrije advocaatkeuzeartikel:

‘Artikel 6

Er werden twee eisen gesteld:

- ten eerste moeten de verschillende situaties in de Lid-Staten op het gebied van het voeren van de verdediging worden bestreken; in bepaalde Lid-Staten kan de verdediging namelijk uitsluitend door een advocaat worden gevoerd, terwijl in andere Lid-Staten dit, althans bij bepaalde procedures, ook kan gebeuren door een juridisch adviseur die niet is ingeschreven bij de orde van advocaten;

205. SURE 35/82, p. 7.

- ten tweede moet in de tekst onderscheid worden gemaakt tussen de twee tijdstippen waarop de verzekerde de vrijheid van keuze van de verdediger moet worden gewaarborgd.

Er is een nieuwe tekst voorgesteld, waarin met deze twee eisen rekening wordt gehouden; deze werd in eerste instantie positief door de Groep ontvangen (zie bijlage, blz. 8 en 9).<sup>206</sup>

Het hier bedoelde bijgewerkte ontwerp van de bepaling komt grotendeels overeen met het huidige vrije advocaatkeuzeartikel vervat in artikel 4 van Richtlijn 87/344/EEG en luidde als volgt:

#### ‘Artikel 6

1. In elke rechtsbijstandverzekering moet uitdrukkelijk worden bepaald dat:
  - a. indien een advocaat, deskundige of andere persoon die volgens het nationaal recht gekwalificeerd is, wordt gevraagd de belangen van de verzekerde in een verhoor of proces te verdedigen, te vertegenwoordigen of anderszins te dienen, de verzekerde vrij is om deze advocaat, deskundige, of andere persoon te kiezen;
  - b. de verzekerde vrij is om een advocaat of, indien hij daar de voorkeur aan geeft en voor zover het nationale recht zulks toestaat, een andere gekwalificeerde persoon te kiezen om zijn belangen te dienen wanneer zich een belangenconflict als bedoeld in artikel 1 voordoet.
2. Onder “advocaat” wordt verstaan ieder die gerechtigd is zijn beroepswerkzaamheden uit te oefenen onder een van de in Richtlijn 77/249/EEG tot vergemakkelijking van de daadwerkelijke uitoefening door advocaten van het vrij verrichten van diensten bedoelde benamingen.<sup>207</sup>

In deze redactie is aldus de huidige opzet van het vrije advocaatkeuzeartikel weergegeven, met onderscheidenlijke bepalingen voor enerzijds de situatie van een gerechtelijke of administratieve procedure en anderzijds die van de (reeds gezeten) belangconflicten. De begrippen ‘verhoor of proces’ zijn nog vervangen door de begrippen ‘gerechtelijke of administratieve procedure’. Zij zijn echter in de Engelse taalversie van de richtlijn blijven staan (‘inquiry or proceedings’).

Welke conclusies kunnen — gezien de huidige redactie van het richtlijnvoorstel — uit de hierboven besproken overwegingen van de lidstaten worden getrokken wat betreft het aanvangsmoment van het recht van vrije advocaatkeuze en daarbij te kiezen rechtshulpverleners? Allereerst blijkt dat de delegaties van de lidstaten in

206. SURE 20/86, p. 3-4.

207. SURE 20/86, p. 8 van de bijlage.

de vergaderingen van de Groep Economische Vraagstukken de beoogde toepassing van de Europese Commissie ten aanzien van het recht op vrije advocaatkeuze niet hebben verworpen. Zij hebben daarop juist voortgeborduurd. Uit de notulen van de beraadslagingen blijkt niet dat de geest van het vrije keuzeartikel van de richtlijnvoorstellen is verlaten of dat een nieuwe grondslag is gevonden voor het recht van vrije advocaatkeuze. Weliswaar zijn aanzienlijke redactionele wijzigingen aangebracht in de bepaling, maar deze wijzigingen betreffen hoofdzakelijk een verduidelijking en afbakening. Daarbij is enerzijds sprake van een verruiming, wat betreft van de groep te kiezen rechtshulpverleners, en anderzijds van een beperking, waar de reikwijdte van de bepaling is beperkt tot inschakeling van een (externe) rechtshulpverlener in het kader van gerechtelijke en administratieve procedures.

Deze verduidelijking van het vrije advocaatkeuzeartikel ligt besloten in de wijziging luidende dat verzekerde zijn advocaat of andere gemachtigde kan kiezen *indien* een dergelijke advocaat of andere gemachtigde wordt gevraagd, hetgeen benadrukt dat bij een besluit op grond van de verzekeringsovereenkomst om een *externe* rechtshulpverlener in te schakelen verzekerde de vrije keuze heeft. Dit is een afwijking van het voorliggende richtlijnvoorstel dat te dien aanzien nog een niet strak omlijnde discretionele beoordelingsmarge aan de verzekeraar liet om te bepalen of er een *noodzaak* bestond om een externe advocaat in de rechtshulp te betrekken ('telkens wanneer...moeten worden opgedragen'). De nieuwe redactie van het artikel knoopt daarentegen aan bij het moment van *het besluit* tot het betrekken van een advocaat of andere gemachtigde in het kader van een procedure, hetgeen een concreter aanknopingspunt verschaft voor aanvang van het recht op vrije advocaatkeuze.

Een verdere, belangrijke, aanwijzing van het gegeven dat het recht van vrije advocaatkeuze pas intreedt wanneer een *externe* rechtshulpverlener wordt gevraagd om namens verzekerde op te treden, zit hem in de verwijzing naar gerechtelijke en administratieve procedures alsmede in de uitgebreide groep rechtshulpverleners. De voornoemde redactionele wijzigingen hebben ogenschijnlijk onbedoeld tot gevolg dat (reeds) het betrokken raken van verzekerde in een gerechtelijke of administratieve procedure het vrije keuzerecht inleidt. Dit geldt te meer als een jurist van de rechtsbijstandverzekeraar of het schaderegelingskantoor voor verzekerde optreedt en in overleg met verzekerde voor hem een procedure opstart. Op die manier kan immers geredeneerd worden dat het deze jurist van rechtsbijstandverzekeraar is die door (verzekeraar of verzekerde) *wordt gevraagd* om namens verzekerde op te treden in de gerechtelijke of administratieve procedure. Een dergelijke lezing verdraagt zich echter niet met de hiervoor besproken standpunten van de delegaties van de lidstaten in de Groep Economische Vraagstukken. Dit strookt ook niet met de ratio van het vrije-advocaatkeuzeartikel in de richtlijnvoorstellen, waarop door de Raad van de EEG is voortgeborduurd. Daarbij was de gedachte immers dat het algemene recht van vrije advocaatkeuze voorzag in een bescherming van verzekerde tegen de externe advocaat.

In het bijzonder blijkt niet dat de lidstaten hebben gemeend dat verzekerde in het kader van processuele bijstand aanvullend moet worden beschermd en dat die bescherming niet kan worden geboden door de verzekeringsmaatschappij of het

schaderegelingskantoor. De bescherming van verzekerden, gelegen in het recht van vrije advocaatkeuze heeft zijn oorsprong in de noodzaak van het voorkomen en tegengaan van belangenconflicten. De interne schaderegeling door of krachtens de rechtsbijstandverzekeraar is reeds omgeven door operationele waarborgen die belangenconflicten zoveel mogelijk uitsluiten (artikel 3 lid 2 Richtlijn 87/344/EEG). Aan deze waarborgen wordt geen afbreuk gedaan als aan verzekerde processuele bijstand wordt geleverd door de verzekeringsmaatschappij of het schaderegelingskantoor.

Ironisch genoeg kon de huidige ruime interpretatie van het recht van vrije advocaatkeuze in de richtlijnvoorstellen ook niet worden gelezen. De bepaling van het recht van vrije advocaatkeuze in de richtlijnvoorstellen van de Europese Commissie knoopte immers nog aan bij noodzaak tot het inschakelen van een *advocaat*. Zolang er dus geen advocaat aan rechtshulpverlening te pas kwam, kon derhalve geen recht van vrije advocaatkeuze intreden. Daar er verder van uit moet worden gegaan dat hier de *externe* advocaat werd bedoeld die onafhankelijk van de verzekeringsmaatschappij of het schaderegelingskantoor opereert, was er in de richtlijnvoorstellen ook slechts sprake van een (ten opzichte van de interne schaderegeling bij de verzekeringsmaatschappij of schaderegelingskantoor) complementair en *extern* gerichte vrije advocaatkeuzerecht (zie paragraaf 6.2).

Toevalligerwijs viel het moment waarop deze verruiming van de groep personen door de delegaties van de lidstaten werd gekozen in de Groep Economische Vraagstukken samen met het moment dat ook het begrip 'wordt gevraagd' in het algemene vrije advocaatkeuzeartikel werd geïntroduceerd. Dit gebeurde tijdens de vergadering van de Groep Economische Vraagstukken van 29 en 30 mei en op 4 juni 1986. Onbedoeld werd zodoende voortaan de indruk gewekt dat ook een medewerker van de verzekeringsmaatschappij *wordt gevraagd*, als beoogd is dat deze verzekerde rechtsbijstand gaat leveren in het kader van een procedure.

Met de nieuwe redactie van het vrije advocaatkeuzeartikel van de ontwerptekst opgenomen in de notulen van de vergaderingen van 29 en 30 mei alsmede 4 juni 1986 van de Groep Economische Vraagstukken blijkt aldus niet een breuk met de gedachte van de Europese Commissie bij het richtlijnvoorstel te zijn beoogd. Er zijn enkel wijzigingen aangebracht ten opzichte van de richtlijnvoorstellen, wat betreft de uitbreiding van het bereik van de te kiezen *externe* gemachtigden en de beperking van de keuzevrijheid tot procesbijstand in gerechtelijke en administratieve procedures, wanneer derhalve eerst in dat verband een *externe* rechtshulpverlener wordt ingeschakeld. Daarnaast is gespecificeerd dat een belangenconflict aanleiding geeft tot de vrije advocaatkeuze (artikel 4 lid 1 onder b Richtlijn 87/344/EEG).

Dat met de gekozen oplossing in artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG juist is beoogd de bestaande praktijk en gebruiken in sommige lidstaten te respecteren, blijkt uit een interpreterende verklaring welke uiteindelijk ook is opgenomen in de notulen van de Raad van de EEG ter gelegenheid van de aanneming van Richtlijn 87/344/EEG:

‘Verklaring nr. 1Ad artikel 3 lid 2, sub c), en ad artikel 4 lid 1, sub a)

“De Raad verklaart dat deze bepaling niet ten doel heeft wijziging te brengen in regels en gebruiken die in de Lid-Staten bestaan op het gebied van juridische adviezen.”<sup>208</sup>

Ook in opvolgende vergaderingen van de werkgroep is herhaaldelijk benadrukt dat er eerst sprake moet zijn van een besluit om de advocaat (of andere externe gemachtigde) aan te zoeken. Zo lichtte de Italiaanse delegatie in de vergadering van 2 oktober 1986 toe:

‘... wees de Italiaanse delegatie erop dat de vrije keuze van een advocaat als alternatieve mogelijkheid betekent dat de verzekerde zich tot een advocaat van zijn keuze kan wenden zodra hij van mening is dat er een geschilrisico bestaat dat door zijn rechtsbijstandverzekering wordt gedekt; voorts stelt zij de meerbrancheverzekeringsonderneming vrij van de verplichting van een gescheiden schaderegeling of om een schaderegelingskantoor te openen. Dit betekent een verschil met de vrije keuze van een advocaat die in artikel 6 aan de verzekerde wordt gegarandeerd, en die complementair is voor alle keuzemogelijkheden; dit recht wordt namelijk uitgeoefend in het kader van een gerechtelijke of administratieve procedure vanaf het moment dat “een advocaat wordt gevraagd de belangen van de verzekerde te behartigen”, welk tijdstip contractueel tussen verzekeraar en de verzekerde wordt bepaald.”<sup>209</sup>

De Franse en Belgische lidstaat merkten in de vergadering van 27 en 28 oktober 1986 in dat verband op dat het moment van keuze van de rechtshulpverlener in het kader van de vrije advocaatkeuze, aldus het moment waarop deze *wordt gevraagd*, aan partijen bij het verzekeringscontract — verzekerde en verzekeraar — is overgelaten:

‘De Franse en Belgische delegatie bevestigden akkoord te gaan met het bepaalde in artikel 6, er daarbij de klemtoon op leggend dat het van toepassing is op alle ondernemingen en dat het in littera a) bewust aan de partijen is overgelaten om in het contract te bepalen op welk tijdstip de keuze van de advocaat dient te geschieden. Zij zijn van mening dat artikel 6, sub b), een overlapping vormt met artikel 3, lid 2, sub c); de Belgische delegatie voegde eraan toe dat de oplossing in artikel 3, lid 2, sub c), te duur uitvalt.”<sup>210</sup>

Het voorzitterschap van de Groep Economische Vraagstukken lichtte in een memo van 5 november 1986 nog eens toe dat artikel 6 van het ontwerprichtlijnvoorstel

208. Deze interpreterende verklaring betreft de verhouding tussen de verzekeraar en de balie, en de onderlinge reikwijdte van de bevoegdheden van deze beide branches, zie SURE 35/82, p. 3.

209. SURE 25/86, p. 9.

210. SURE 29/86, p. 10.

was geschoeid op dezelfde leest als de complementaire maatregel van de vrije advocaatkeuze in het voorstel van de Europese Commissie:

‘3. Voorts zij gememoreerd dat het recht op de vrije keuze van een advocaat uit hoofde van artikel 6 slechts ontstaat in de aldaar beschreven omstandigheden, namelijk

a. wanneer een advocaat moet worden ingeschakeld om de belangen van de verzekerde te verdedigen in een juridische of administratieve procedure;

of

b. wanneer zich een belangenconflict voordoet.’<sup>211</sup>

Ten slotte zij nogmaals gewezen op de verhouding van de algemene variant van het artikel inzake vrije advocaatkeuze tot de operationele variant ten behoeve van de rechtsbijstandschaderegeling, de kostenverzekering (artikel 3 lid 2 onder c van Richtlijn 87/344/EEG). Deze laatste heeft een aanzienlijk ruimer bereik. Een bevestiging van de beperkte uitleg van het algemene vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG is dat alleen ten aanzien van deze operationele maatregel van artikel 3 lid 2 onder c een interpreterende verklaring is opgenomen in de notulen van de Raad van de EEG ter gelegenheid van de aanneming van de richtlijn, luidende:

‘Verklaring nr. 2

Ad artikel 3 lid 2, sub c)

“De Raad verklaart dat artikel 3, lid 2, sub c), niet belet dat de verzekerde, indien hij dat wenst, als juridisch raadsman een naar behoren gekwalificeerd persoon kan kiezen die in loondienst van zijn verzekeraar is, voor zover de in zijn Lid-Staat bestaande voorschriften en gebruiken hiervoor geen belemmering vormen.”<sup>212</sup>

Een gelijkkluidende verklaring ontbreekt ten aanzien van artikel 4 lid 1 onder a van de Richtlijn 87/344/EEG. De reden hiervan ligt, gezien de bovenstaande redenering, voor de hand. Bij artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG wordt een besluit tot uitbesteding van het dossier van verzekerde aan een *externe* gemachtigde in het kader van de procesvertegenwoordiging reeds als voorwaarde gesteld, zodat een dergelijke interpreterende verklaring zinledig zou zijn. Opteert verzekerde immers voor bijstand van de verzekeringsmaatschappij of het schaderegelingskantoor, komt overeenkomstig de hierboven weergegeven uitleg het recht op vrije advocaatkeuze niet in beeld omdat door verzekerde en verzekeringsmaatschappij immers niet wordt besloten tot de inschakeling van een *externe* rechtshulpverlener.

211. SURE 31/86.

212. SURE 32/87, p. 3.



Nadat de delegaties van de lidstaten de geactualiseerde en geconcretiseerde ontwerp-tekst van het vrije advocaatkeuzeartikel (artikel 6) formuleerden tijdens de vergadering van 29 en 30 mei en op 4 juni 1986, leek in het laatste jaar van de ontwikkeling van Richtlijn 87/344/EEG alsnog verwarring over de interpretatie van de bepaling te ontstaan. Nederland en Bondsrepubliek Duitsland verzochten namelijk om uitbreiding van de reikwijdte van het recht van vrije advocaatkeuze tot andere gevallen naast gerechtelijke of administratieve procedures.<sup>213</sup> Dit werd door andere lidstaten van de hand gewezen. In het verslag van 13 april 1987 van de Groep Economische Vraagstukken is in dat verband opgemerkt:

‘4. Vrije keuze van een advocaat (artikel 6)

Terwijl artikel 3, lid 2, sub c), als alternatief voor de oplossingen die betrekking hebben op de structuur en de organisatie van de onderneming, de mogelijkheid biedt belangenconflicten langs contractuele weg te voorkomen, namelijk door de verzekerde de vrijheid te bieden om zelf zijn raadsman te kiezen wanneer zich een door de polis gedekt schadegeval voordoet, bepaalt artikel 6 het minimum aan vrijheid waarover de verzekerden, ongeacht de door de onderneming gekozen oplossing (sub a), sub b) of sub c) van artikel 3, lid 2), moet kunnen beschikken.

Voor het merendeel van de delegaties stemt dit minimum overeen met de vrijheid om in gerechtelijke of administratieve procedures zelf een advocaat te kiezen.<sup>214</sup>

Deze verslaglegging van de Groep Economische Vraagstukken onderstreept de verwarring ter zake het vrije advocaatkeuzerecht in gerechtelijke en administratieve procedures. Nu de rechtstreekse koppeling werd gelegd tussen het vrije keuzerecht en gerechtelijke en administratieve procedures, *zonder* vermelding van de bijkomende (cumulatieve) voorwaarde van een besluit om daarbij een externe advocaat of andere rechtshulpverlener in te schakelen, wordt de indruk gewekt dat het recht van vrije advocaatkeuze slechts gekoppeld is aan de gerechtelijke of administratieve procedure. Men wordt hier dus eenvoudig op het verkeerde been gezet, in de zin dat verzekerden *altijd* een externe rechtshulpverlener moeten kunnen kiezen voor procesrechtsbijstand in een gerechtelijke of administratieve procedure.

Hier dient echter te worden gewezen op een zwaarwegende (mijns inziens doorslaggevende) aanwijzing in de richting dat tenminste Nederland en Duitsland dat niet hebben gewild. In het laatstgenoemde verslag van 13 april 1987 werd de toelichting namelijk vervolgd met de volgende passage:

‘Voor de Nederlandse en de Duitse delegatie daarentegen moet de verzekerde zelf zijn raadsman kunnen kiezen zodra een beroep op een advocaat

213. SURE 11/87, p. 7.

214. SURE 12/87, p. 8.

wordt gedaan en moeten de voorwaarden waaronder beroep op een advocaat mogelijk is, in de overeenkomst worden bepaald.

De andere delegaties merkten op dat de door hen bepleite minimumoplossing partijen niet verbiedt een overeenkomst met een grotere vrijheid van keuze te sluiten, en dat voorts de oplossing van deze twee delegaties al bij al zeer sterk lijkt op die van artikel 3, lid 2, sub c), waardoor artikel 6 zijn karakter van “minimumgarantie” verliest.<sup>215</sup>

Nederland en de Bondsrepubliek Duitsland bepleitten, ter vergroting van de reikwijdte van het keuzerecht, derhalve juist een verdergaande strekking van het recht van vrije advocaatkeuze, door de verwijzing naar ‘gerechtelijke of administratieve procedures’ te schrappen.<sup>216</sup> Dit gegeven laat slechts de conclusie toe dat de lidstaten Nederland en Bondsrepubliek Duitsland uitgingen van het belang van het begrip ‘wordt gevraagd’ in artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG. Zouden de woorden ‘gerechtelijke of administratieve procedures’ worden geschrapt, zoals zij verlangden, én zou ook aan het begrip ‘wordt gevraagd’ geen betekenis toekomen, dan zouden deze lidstaten hebben bepleit dat verzekerden van meet af aan een beroep op het recht van vrije advocaatkeuze zouden moeten kunnen doen, conform de variant van de kostenverzekering. Dit strookt evident niet met de gehele opzet van de richtlijn, de verschillende maatregelen die daarin zijn opgenomen en met name niet met de consequente stellingname van de Nederlandse lidstaat.

Tegelijkertijd zou uit de voornoemde passage op kunnen worden gemaakt dat andere lidstaten de voorwaarde van het besluit om een rechtshulpverlener buiten de verzekeringsmaatschappij in te schakelen (‘wordt gevraagd’) niet op dezelfde manier hebben opgevat. De andere lidstaten refereerden in voornoemd verslag van 13 april 1987 immers stellig aan hun minimum van het vrije keuzerecht ter zake procedures en de inschakeling van de externe advocaat. Voor deze lidstaten gingen het recht van vrije advocaatkeuze en bijstand in het kader van een gerechtelijke of administratieve procedure ogenschijnlijk samen, hetgeen zeer wel met de regels van procesrecht van deze lidstaten verband kan houden. Zodoende was de toevoeging van de term ‘wordt gevraagd’ voor die lidstaten wellicht overbodig. In hoofdstuk 9 zal in dat verband met rechtsvergelijkend onderzoek worden gekeken of in de onderzochte lidstaten inderdaad de inschakeling van een externe advocaat, in het kader van een gerechtelijke of administratieve procedure eerder regel dan uitgangspunt is. Uit de werkdocumenten van de Groep Economische Vraagstukken valt dit niet te herleiden. De verklaring van de overige lidstaten uit het verslag van 13 april 1987 van de werkgroep lijkt een aanwijzing te zijn van de door deze lidstaten beoogde toepassing van het recht van vrije advocaatkeuze ter zake gerechtelijke en administratieve procedures, maar het vormt evenwel geen dwingende uitleg van de reikwijdte van de bepaling.

Uit de besprekingen tussen de lidstaten bij de Raad van de EEG blijkt bovendien niet dat de lidstaten in het licht van belangenconflicten als bedoeld in Richtlijn

215. SURE 12/87, p. 9.

216. SURE 13/87, p. 6.

87/344/EEG hebben gemeend dat verzekerde beter door een *externe* rechtshulpverlener kon worden bijgestaan dan door de verzekeringsmaatschappij of het schade-regelingskantoor. Wat betreft de *interne* dossierbehandeling door of krachtens de rechtsbijstandverzekeraar kan immers worden gewezen op de specifieke maatregelen ter voorkoming van belangenconflicten van artikel 3 lid 2 van de Richtlijn 87/344/EEG. Deze maatregelen zijn, zoals artikel 3 lid 3 van de richtlijn buiten twijfel stelt, gelijkwaardig, zodat het niet mag uitmaken of een advocaat of niet-advocaat het dossier van verzekerde behandelt.

Tussen de Nederlandse samen met Duitse en de overige lidstaten leek zich derhalve mogelijk (onbedoeld) een verschil van visie af te tekenen omtrent de reikwijdte in de toepassing van het vrije advocaatkeuzerecht. Dit wil niet zeggen dat dit in de weg stond aan het compromis dat ter zake de richtlijn moest worden bereikt. De twee niet overeenstemmende toepassingen van het recht van vrije advocaatkeuze kunnen zeer wel naast elkaar bestaan, uitgaande van de minimumharmonisatie van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG. Men dient zich te realiseren dat overeenkomstig de grondgedachte uit de richtlijnvoorstellen het (algemene) vrije advocaatkeuzerecht een minimumnorm inhoudt. Dit minimum betekent dat overeenkomstig de woorden ‘indien... wordt gevraagd’ aan verzekerde de vrije advocaatkeuze moet worden verleend op het moment dat door de verzekeringsmaatschappij, op basis van een besluit tussen verzekeraar en verzekerde, een externe advocaat of andere rechtshulpverlener wordt ingeschakeld voor processuele bijstand in een gerechtelijke of administratieve procedure. De lidstaat en de rechtsbijstandverzekeraar kunnen evenwel een ruimere keuzevrijheid van verzekerde regelen. De (voormalige) Nederlandse praktijk ter zake het moment van verlening van het recht van vrije advocaatkeuze en die van de andere lidstaten kunnen zo bezien zeer wel naast elkaar bestaan.

Resumerend kan worden gesteld dat de eventuele miscommunicatie die tussen de lidstaten heeft bestaan over de uitleg van het begrip ‘wordt gevraagd’, zo die er al was, niet afdoet aan het minimumkarakter van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG. De bepaling hoefde, zoals onderkend is interpreterende verklaringen niet verder te gaan dan noodzakelijk om de geformuleerde doelstellingen van enerzijds bevordering van vrijheid van vestiging en anderzijds bescherming van verzekerde tegen belangenconflicten te borgen. De lidstaten hebben immers geborgd dat de bepaling niet verder dan noodzakelijk diende in te grijpen op de bestaande praktijk. Dit wordt bevestigd door het feit dat de Nederlandse en Duitse lidstaat juist een verdergaande reikwijdte van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG bepleitten, hetgeen werd verworpen door de andere lidstaten. Kortom, de wetshistorie van de richtlijn rechtvaardigt mijns inziens een uitleg van het begrip ‘wordt gevraagd’ van artikel 4 waarbij de beoogde praktijken van de lidstaten naast elkaar kunnen bestaan, hetgeen strookt met het minimumkarakter van de bepaling.

#### 6.4.2.3 *Het begrip ‘gerechtelijke of administratieve procedures’*

Hiervoor beschreef ik dat het bereik van de keuzevrijheid van de rechtshulpverlener was beperkt tot gerechtelijke of administratieve procedures, tegengaan de wens van de Nederlandse lidstaat en de Duitse Bondsrepubliek, die wilden aanknopen

bij de enkele beslissing om een externe rechtshulpverlener in te schakelen. De lidstaten hebben uiteindelijk besloten om het minimum van de vrije advocaatkeuze ter zake de rechtsbijstandverzekering te koppelen aan het recht om een rechtshulpverlener in te schakelen wanneer een advocaat of andere rechtshulpverlener wordt gevraagd op te treden in het kader van een gerechtelijke of administratieve procedure. Er bestaat geen gerede twijfel over het begrip gerechtelijke procedure. Het begrip ‘administratieve procedure’ behoeft echter toelichting.

In de notulen omtrent de beraadslaging over de ontwerprichtlijn ontbreekt een toelichting over het begrip administratieve procedure. Desalniettemin was het begrip van de administratieve procedure reeds genoemd in de definitiebepaling van de ontwerprichtlijn:

#### ‘Artikel 2

Deze richtlijn is van toepassing op die onderdelen van overeenkomsten betreffende rechtsbijstand krachtens welke de verzekeraar diensten verleent of kosten op zich neemt, met name met het oog op:

- het verhaal van door de verzekerde geleden schade, door middel van een minnelijke schikking of van een civielrechtelijke of strafrechtelijke procedure;
- de verdediging van de verzekerde in een civielrechtelijke, strafrechtelijke administratieve of andere procedure of in geval van een tegen hem gerichte vordering.<sup>217</sup>

Het ligt voor de hand dat de definitie van de rechtsbijstandverzekering ook de rechtsbijstand in gerechtelijke en administratieve procedures omvat. Bij een vergelijking van dit artikel met de definitiebepaling valt echter op dat in de definitie diverse vormen van gerechtelijke procedures worden genoemd — ‘civielrechtelijke en strafrechtelijke’ — naast de ‘administratieve’ procedures, maar dat ook ‘andere procedures’ worden aangehaald. Dit doet de vraag rijzen of de definitiebepaling bij de aanduiding van de mogelijke procedures een ruimer bereik heeft dan het vrije advocaatkeuzeartikel 4 lid 1 onder a van de Richtlijn 87/344/EEG. Als het bereik immers gelijk was, had het voor de hand gelegen dat in artikel 4 lid 1 onder a eveneens was genoemd ‘gerechtelijke, administratieve *of andere procedures*’. Anders gesteld, wat zijn deze procedures die *geen* aanleiding geven tot het recht van vrije advocaatkeuze?

Hiervoor werd reeds besproken dat in de vergaderingen van 29, 30 mei en 4 juni 1986 de Groep Economische Vraagstukken de huidige en verduidelijkte opzet van artikel 4 Richtlijn 87/344/EEG (destijds nog artikel 6) tot stand kwam. De lidstaten stelden in dat verband:

217. Onderstreping toegevoegd, DBH.

‘Artikel 6

Er werden twee eisen gesteld:

- ten eerste moeten de verschillende situaties in de Lid-Staten op het gebied van het voeren van de verdediging worden bestreken; in bepaalde Lid-Staten kan de verdediging namelijk uitsluitend door een advocaat worden gevoerd, terwijl in andere Lid-Staten dit, althans bij bepaalde procedures, ook kan gebeuren door een juridisch adviseur die niet is ingeschreven bij de orde van advocaten;
- ten tweede moet in de tekst onderscheid worden gemaakt tussen de twee tijdstippen waarop de verzekerde de vrijheid van keuze van de verdediger moet worden gewaarborgd.

Er is een nieuwe tekst voorgesteld, waarin met deze twee eisen rekening wordt gehouden; deze werd in eerste instantie positief door de Groep ontvangen (zie bijlage, p. 8 en 9).<sup>218</sup>

In deze bijgewerkte tekst van het artikel in het richtlijnvoorstel werd echter nog gesproken van een ‘verhoor of proces’.

‘Artikel 6

1. In elke rechtsbijstandverzekering moet uitdrukkelijk worden bepaald dat:
  - a. indien een advocaat, deskundige of andere persoon die volgens het nationaal recht gekwalificeerd is, wordt gevraagd de belangen van de verzekerde in een *verhoor of proces* te verdedigen, te vertegenwoordigen of anderszins te dienen, de verzekerde vrij is om deze advocaat, deskundige, of andere persoon te kiezen;
  - b. de verzekerde vrij is om een advocaat of, indien hij daar de voorkeur aan geeft en voor zover het nationale recht zulks toestaat, een andere gekwalificeerde persoon te kiezen om zijn belangen te dienen wanneer zich een belangenconflict als bedoeld in artikel 1 voordoet.
2. Onder “advocaat” wordt verstaan ieder die gerechtigd is zijn beroepswerkzaamheden uit te oefenen onder een van de in Richtlijn 77/249/EEG tot vergemakkelijking van de daadwerkelijke uitoefening door advocaten van het vrij verrichten van diensten bedoelde benamingen.<sup>219</sup>

218. SURE 20/86, p. 3-4.

219. SURE 20/86, p. 8 van de bijlage; cursivering toegevoegd, DBH.

De begrippen ‘verhoor of proces’ zijn in de notulen van de Groep Economische Vraagstukken zonder nadere motivering vervangen door de begrippen ‘gerechtelijke of administratieve procedures’. In het verslag van de vergadering van 19 maart 1987 wordt voor het eerst weer gerefereerd aan de term ‘gerechtelijke of administratieve procedures’, met vermelding dat de Nederlandse lidstaat en de Bondsrepubliek Duitsland uitbreiding wensten van het toepassingsgebied van artikel 6 tot buiten de gevallen van gerechtelijke of administratieve procedures.<sup>220</sup> Het laat zich raden, maar het is goed denkbaar dat de voornoemde begrippen ‘verhoor of proces’ en ‘gerechtelijke of administratieve procedures’ inwisselbaar werden geacht en dat met de gewijzigde redactie aansluiting is gezocht bij de definitie van artikel 2 van de ontwerpverplichtlijn, waar eveneens wordt gesproken van diverse gerechtelijke en administratieve procedures. Daarbij werd echter, zoals gezegd, ook gesproken van ‘andere procedures’. Het verdient bovendien vermelding dat in de Engelse taalversie van Richtlijn 87/344/EEG in artikel 4 lid 1 onder a ook het begrip ‘inquiry or proceedings’ wordt gehanteerd, hetgeen overeenkomt met ‘verhoor of proces’, dat in een eerdere ontwerpversie aldus voorkwam.

Een waarschijnlijke motivatie van de lidstaten om het vrije keuzerecht in het kader van artikel 6 van de ontwerpverplichtlijn af te bakenen tot een gerechtelijke of administratieve procedure blijkt uit het hiervoor reeds behandelde verslag van 13 april 1987 van de Groep Economische Vraagstukken:

‘4. Vrije keuze van een advocaat (artikel 6)

Terwijl artikel 3, lid 2, sub c), als alternatief voor de oplossingen die betrekking hebben op de structuur en de organisatie van de onderneming, de mogelijkheid biedt belangenconflicten langs contractuele weg te voorkomen, namelijk door de verzekerde de vrijheid te bieden om zelf zijn raadsman te kiezen wanneer zich een door de polis gedekt schadegeval voordoet, bepaalt artikel 6 het minimum aan vrijheid waarover de verzekerden, ongeacht de door de onderneming gekozen oplossing (sub a), sub b) of sub c) van artikel 3, lid 2), moet kunnen beschikken.

Voor het merendeel van de delegaties stemt dit minimum overeen met de vrijheid om in gerechtelijke of administratieve procedures zelf een advocaat te kiezen.<sup>221</sup>

Ik gaf reeds aan dat het zeer waarschijnlijk is dat het keuzerecht ter zake gerechtelijke of administratieve procedures, wanneer een advocaat in dit verband wordt gevraagd bijstand te geven aan een verzekerde, overeenkwam met de bestaande praktijk in het merendeel van de lidstaten.

In het licht van de tekst van Richtlijn 87/344/EEG en de besproken notulen van de Groep Economische Vraagstukken ligt het naar mijn mening het meest voor de hand om te concluderen dat met administratieve procedure wordt bedoeld op

220. SURE 11/87, p. 7.

221. SURE 12/87, p. 8.

procedures ten overstaande van een bestuursorgaan. Daarbij kan in het bijzonder acht worden geslagen op de in de definitiebepaling artikel 2 gebruikte formulering. Deze bevat een opsomming van verschillende rechtsgebieden: civiel recht, strafrecht, administratief recht, aldus verschillende rechtsgebieden. Administratief recht correspondeert met wat men nu bestuursrecht noemt. In verband met de nevenschikking in artikel 4 lid 1 onder a van de Richtlijn 87/344/EEG lijkt met de *administratieve* procedure aldus een bestuurlijke (voor)procedure te worden bedoeld, onderscheiden van de *gerechtelijke* procedure, aldus ten overstaan van een rechter. Mijn interpretatie wordt daarnaast met name ondersteund in de Duitse vertaling van de richtlijn, die meer richtinggevend is, waarbij de administratieve procedure wordt aangeduid als ‘Verwaltungsverfahren’, hetgeen overeenkomt met een bestuursrechtelijke procedure.<sup>222</sup>

Evenwel moet op dit punt worden geconcludeerd dat de notulen van de Groep Economische Vraagstukken geen uitsluitsel verschaffen. Ook het begrip ‘verhoor of proces’ is gehanteerd in de bijgewerkte versie van artikel 6 in het ontwerprichtlijnvoorstel van de vergadering van 29 mei, 30 mei en 4 juni 1986 en – zoals gezegd – zelfs behouden in de Engelse taalversie van Richtlijn 87/344/EEG: ‘inquiry or proceedings’. Daarom moet ook worden geconcludeerd dat de Engelse taalversie in artikel 4 van Richtlijn 87/344/EEG in vergelijking met artikel 2 kennelijk een niet duidelijk omljnd en ruimer bereik biedt ter zake de vrije advocaatkeuze, omdat in artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG geen onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende soorten procedures. Zoals hiervoor genoemd, wordt in andere taalversies in artikel 2 – de definitiebepaling – wel onderscheiden naar gerechtelijke procedures, administratieve procedures, en andere procedures welke niet nader omschreven zijn.

#### 6.4.2.4 *In hoeverre zijn beperkingen ten aanzien van de door de verzekeraar in het kader van de te vergoeden kosten toegestaan?*

In de eerste vergaderingen van de Groep Economische Vraagstukken waarin de vrije advocaatkeuze van artikel 6 van de ontwerprichtlijn op de agenda stond, die van 30 september en 1 oktober 1982, kwam het aspect van de beperking van de kosten aan bod. Het kostenaspect werd besproken in verband met de door de delegaties van de lidstaten gestelde vragen *wie beslist over de inschakeling van de advocaat, op welk ogenblik wordt de advocaat gekozen en moet de keuze onbeperkt zijn wat betreft de (te kiezen) persoon?*

In verband met het aanvangsmoment van de vrije advocaatkeuze hadden enkele lidstaten reeds hun bezwaren geuit over een te verre gaande reikwijdte van het vrije advocaatkeuzerecht en de implicaties daarvan op de kosten gemoeid met de rechtsbijstandverzekering. De lidstaten gaven aldus ook aan maxima te willen

222. Aldus een ‘Widerspruchsverfahren’ genoemd in het Duitse rechtssysteem conform artikel 68 VwGo, zie A.J. Bok, in De Waard, Bok & Gilhuis 2001, p. 102. Zie ook artikel § 158k lid 2 van het Oostenrijkse Versicherungsvertragsgesetz (VersVG), met een nadere wettelijke afbakening van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG, met verwijzing naar procedures voor Gerichts- en ‘Verwaltungsbehörde’, oftewel bestuursorganen, zie verder paragraaf 9.3.

stellen aan de kosten gemoeid met het vrije keuzerecht. In de vergadering van 30 september en 1 oktober 1982 nam een aantal lidstaten stelling in:

‘Ook de Franse delegatie meende dat de vrije keus van de verzekerde niet te sterk op de verzekeringspremie mag drukken. Daarom moet de verzekeraar een maximumbedrag kunnen vaststellen voor de inzake deze keuze geboden dekking.

Ook de Ierse en de Britse delegatie meenden dat de door de vrije keuze veroorzaakte kosten beperkt moeten kunnen worden. Deze keuze moet redelijk zijn en rechtstreeks gekoppeld zijn aan de in artikel 7, eerste alinea, bedoelde scheidsrechterlijke procedure. Laatstgenoemde delegatie herinnerde hierbij aan haar voorbehoud inzake in het bijzonder artikel 6 van de richtlijn in verband met de automobielfclubs in haar land gesloten overeenkomsten (zie document 9297/82 SURE 26, punt III.3.b), p. 6. en 7).<sup>223</sup>

Ook ten aanzien van het bereik van de keuzevrijheid in verband met de door verzekerde te kiezen persoon bij de vrije advocaatkeuze uitten de lidstaten hun bezorgdheid over de mogelijke stijging van kosten:

‘Over de derde hierboven gestelde vraag, namelijk of de keuze van de advocaat geheel vrij moet zijn wat diens persoon betreft, merkte de commissievertegenwoordiger op dat het onderhavige voorstel dit aspect van de zaak niet bedoelt te regelen en het dus overlaat aan inzicht en gewoonten van de Lid-Staten (waar de verzekerde zich doorgaans laat leiden door de adviezen van de verzekeraar of diens tussenpersoon). Toch nodigde men hem uit zich te beraden over de beperkingen die eventueel inzake het gehele artikel 6 kunnen worden overwogen, buiten de beperking die reeds vervat is in artikel 1, tweede alinea, van de richtlijn (gebruik van zeeschepen). Uit het debat bleek inderdaad enerzijds dat moeilijk aanvaardbaar is dat elke advocaat — een nationaal onderdaan, een onderdaan van een andere Lid-Staat of een van een derde land — vrij door verzekerde kan worden gekozen (gezien vooral de stijging van de kosten); en anderzijds dat er geschillen kunnen ontstaan in een derde land waarbij het inschakelen van een advocaat in dat land zeker in het belang van de verzekerde, maar ook in dat van de verzekeraar zal zijn.<sup>224</sup>

In de vergadering van 27 en 28 februari 1986 is het overleg van de Groep Economische Vraagstukken over het kostenaspect ten aanzien van de vrije advocaatkeuze van artikel 6 van de ontwerp-richtlijn voortgezet. De Europese Commissie heeft desgevraagd toelichting verschaft op het vraagstuk van de verhouding tussen het kostenaspect en het vrije advocaatkeuzeartikel van het voorliggende richtlijnvoorstel:

223. SURE 35/82, p. 5.

224. SURE 35/82, p. 7.



‘b) inhoudelijke opmerkingen

De delegaties achtten de vrije keuze van de advocaat of de expert een zaak van essentieel belang en de vrijheid moet volgens hen zo ruim mogelijk zijn om een vertrouwensrelatie tussen verzekerde en verdediger te waarborgen. Om te voorkomen dat dit zou resulteren in buitensporige stijging van de kosten ten laste van de verzekeraar, opperden bepaalde delegaties de vergoeding van de honoraria voor juridisch advies aan een maximum te binden. De Commissievertegenwoordigers merkten op dat de richtlijn hierover zwijgt en dat de Lid-Staten dus vrij zijn om in de nationale wetgeving een dergelijk maximum vast te leggen. De Groep kwam overeen later terug te komen op de kwestie of dat recht in de tekst van de richtlijn dan wel in een verklaring in de notulen moet worden gepreciseerd.<sup>225</sup>

In het licht van deze toelichting van de Commissievertegenwoordigers en de wens van de lidstaten is uiteindelijk een interpreterende verklaring opgenomen in de notulen van de Raad van de EEG ter gelegenheid van de vergadering waarin Richtlijn 87/344/EEG is aangenomen. Deze verklaring bestrijkt het aspect van de door de rechtsbijstandverzekeraar te vergoeden kosten zowel ten aanzien van artikel 3 lid 2 onder c als artikel 4 Richtlijn 87/344/EEG en luidt:

‘Verklaring nr. 3

Ad artikel 3, lid 2, sub c) en ad artikel 4

“De Raad verklaart dat deze bepalingen de mogelijkheid openlaten om in de rechtsbijstandverzekeringsovereenkomsten te bepalen dat het honorarium van de advocaat, deskundige of andere naar behoren gekwalificeerde persoon die in de zin van deze artikelen vrij door verzekerde worden gekozen door de verzekeringsmaatschappij slechts tot een maximumbedrag wordt vergoed.”.<sup>226</sup>

Deze verklaring stelt aldus buiten twijfel dat de richtlijn dit aspect niet beoogde te regelen. Wanneer de verklaring met de opmerking van de Commissievertegenwoordiger uit de vergadering van 27 en 28 februari 1986 tezamen wordt beschouwd, maakt dit mijns inziens duidelijk dat de lidstaten en rechtsbijstandverzekeraars een ruime vrijheid wordt gelaten om financiële beperkingen aan te brengen in de te vergoeden kosten, wat betreft de omvang van de verzekerde som of de hoogte van het te vergoeden honorarium van de advocaat. Dit laat evenwel onverlet dat dit in de rechtsbijstandverzekering bepaalde maximum van de te vergoeden externe kosten niet dusdanig laag mag zijn dat geen keuze voor een externe rechtshulpverlener mogelijk is. Immers, daarmee zou het recht van artikel 3 lid 2 onder c en artikel 4 van de Richtlijn 87/344/EEG worden uitgehold.<sup>227</sup>

225. SURE 9/86, p. 19.

226. SURE 32/87.

227. Zie de bespreking van de Europese rechtspraak ter zake het recht van vrije advocaatkeuze, paragraaf 8.4-8.6.

## 6.5 Conclusie

In dit hoofdstuk is de vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a van de Richtlijn 87/344/EEG uitgebreid en gedetailleerd aan bod gekomen. Aan de hand van een nadere bestudering van de toelichting in de richtlijnvoorstellen van het algemene vrije advocaatkeuzeartikel, een vergelijking van de bepaling in de richtlijnvoorstellen met artikel 4 lid 1 onder a van de Richtlijn 87/344/EEG en ten slotte een analyse van de beschikbare documentatie omtrent het besluitvormingsproces in de Raad van de EEG — met name van de Groep Economische Vraagstukken — is een conclusie te trekken ten aanzien van de reikwijdte van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG.

De ratio van het algemene recht op vrije advocaatkeuzeartikel blijkt grotendeels overeen te komen met het vrije keuzeartikel in de richtlijnvoorstellen. De bepaling is echter nader gespecificeerd en afgebakend, gezien de beperking van het keuze-recht tot gerechtelijke en administratieve procedures en de uitbreiding van de groep door verzekerde te kiezen rechtshulpverleners (naast advocaten ook andere voldoende gekwalificeerde rechtshulpverleners).

Wat betreft de deelonderzoeksvraag van dit onderzoek, naar de reikwijdte van artikel 4 lid 1 onder a van de Richtlijn 87/344/EEG, ligt de sleutel van de interpretatie van de bepaling in de woorden ‘indien...wordt gevraagd’. Meer in het bijzonder is de vraag gesteld of deze woorden zelfstandige betekenis hebben. Anders gezegd: moet er cumulatief zijn voldaan aan de voorwaarden van (1) het zich (gaan) voordoen van een gerechtelijke of administratieve procedure en (2) een besluit van verzekeraar en verzekerde tot het inschakelen van een externe rechtshulpverlener voor processuele bijstand, wil verzekerde eerst aanspraak maken op het recht van vrije advocaatkeuze? Deze uitleg betreft derhalve de vrije advocaatkeuze in *enge zin*. Volgens de alternatieve interpretatie, welke sinds het *Sneller*-arrest (2013) van het HvJ EU opgeld doet (zie hierna, paragraaf 8.6), komt aan de woorden ‘indien...wordt gevraagd’ van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG geen zelfstandige betekenis toe en is beslissend dat verzekerde processuele bijstand behoeft in een gerechtelijke of administratieve procedure (de vrije advocaatkeuze in *ruime zin*).

Aan de hand van mijn bevindingen kwam ik tot de conclusie dat artikel 4 lid 1 onder a van de Richtlijn 87/344/EEG in *beperkte zin* moet worden uitgelegd. Er moet ook sprake zijn van een gemeenschappelijk besluit van verzekeraar en verzekerde tot inschakeling van een externe rechtshulpverlener ten behoeve van de processuele bijstand in het kader van de te voeren procedure. Deze *externe* rechtshulpverlener wordt alsdan overeenkomstig de tekst van artikel 4 lid 1 onder a van de Richtlijn 87/344/EEG *gevraagd* om voor verzekerde op te treden in deze procedure.

Artikel 4 lid 1 onder a van de Richtlijn 87/344/EEG heeft het karakter van een minimumgarantie en abstraheert van de onder artikel 3 lid 2 van de Richtlijn 87/344/EEG gekozen operationele modaliteit van schaderegeling. De minimumgarantie van artikel 4 lid 1 onder a van de Richtlijn 87/344/EEG dient door alle verzekeringsmaatschappijen te worden geëerbiedigd, behoudens in de in de richtlijn

aangegeven uitzonderingen. Met deze systematiek is, overeenkomstig de richtlijnvoorstellen, gewaarborgd dat verzekerde wordt beschermd tegen belangenconflicten zoals beschreven in paragraaf 4.5. Met de vrije advocaatkeuze wordt onderkend dat belangenconflicten zich ook kunnen manifesteren via de vaste advocaat van de verzekeringsmaatschappij. De Europese Commissie gaf ter zake aan dat het onwenselijk is dat verzekerde 'zou worden opgezadeld' met de huisadvocaat van de verzekeringsmaatschappij, welke in een gewetensconflict zou geraken indien deze moest kiezen tussen bijzondere financiële belangen van de maatschappij gemoeid met een andere verzekeringsbranche en de belangen van verzekerde, van het krijgen van goede rechtshulp van een onpartijdige rechtshulpverlener.

Bij enkele lezing van Richtlijn 87/344/EEG valt niet op te maken of juist een ruimere of beperkte uitleg geldt. Uit de analyse van de notulen omtrent de beraadslaging van delegaties van de lidstaten in de Groep Economische Vraagstukken van de Raad van de EEG blijkt wél dat de lidstaten niet hebben besloten tot voornoemde *ruime* uitleg van het recht van vrije advocaatkeuze. In dit verband wogen de lidstaten het aspect van de kosten af alsmede de reeds bestaande gebruiken en praktijk. Lidstaat Nederland en de Bondsrepubliek Duitsland hielden daarbij vast aan de in hun landen bestaande praktijk, waarbij de vrije advocaatkeuze werd geboden op het moment dat door de rechtsbijstandverzekering een advocaat moest worden ingeschakeld om de belangen van verzekerde verder te behartigen. De Europese Commissie heeft nadrukkelijk bevestigd dat zij het uitgangspunt hanteerde dat bestaande gebruiken en praktijken in verband met de vrije advocaatkeuze dienen te worden gerespecteerd. Dit uitgangspunt is vervolgens bevestigd in een interpreterende verklaring, gevoegd bij het definitieve richtlijnontwerp dat uiteindelijk werd aangenomen door de Raad van de EEG.

Zodoende geven de documenten van de Groep Economische Vraagstukken ten aanzien van het besprekingsproces van de ontwerprichtlijn er blijk van dat een besluit aan een externe rechtshulpverlener een *zelfstandige* voorwaarde is voor het intreden van de vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG. Dit belet evenwel niet dat de lidstaten of de rechtsbijstandverzekeraars een *ruimere* keuzevrijheid kunnen vaststellen, daar artikel 4 lid 1 onder a van Richtlijn 87/344/EEG het karakter heeft van een minimumgarantie.

In artikel 4 lid 1 van de richtlijn zit evenwel een kennelijke onduidelijkheid. Niet zonder meer duidelijk is — mede het tevens gebruikte begrip 'gerechtelijke procedure' wat wordt bedoeld met het begrip 'administratieve procedure'. Het begrip is in de richtlijn niet toegelicht. Wel is in de vergaderingen in de Groep Economische Vraagstukken aangegeven dat ten tijde van de totstandkoming van Richtlijn 87/344/EEG het vrije advocaatkeuzerecht in de meeste lidstaten overeenkwam met het recht om in verband met gerechtelijke en administratieve procedures een advocaat te kiezen. Echter, in de Engelse taalversie wordt niet gesproken over een gelijksoortige term maar over 'inquiry or proceedings', hetgeen een ruimer bereik lijkt te hebben. De richtlijn is hier niet eenduidig. Het spreekt mij ten aanzien van de Nederlandse taalversie het meest aan om te concluderen dat met administratieve procedure wordt bedoeld op een bestuursrechtelijke procedure ten overstaan van een bestuursorgaan. Hoewel de term administratief daarbij diffuus is, valt op dat

in artikel 2 van Richtlijn 87/344/EEG — de definitiebepaling — administratief recht wordt genoemd naast strafrecht en civielrecht. Daarenboven kan worden gewezen op de taalversie van Richtlijn 87/344/EEG waarin in artikel 4 lid 1 onder a wordt gesproken over een ‘Verwaltungsverfahren’, hetgeen correspondeert met een bestuursrechtprocedure.

Eveneens valt op dat de groep personen welke vallen onder het keuzebereik van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG aanmerkelijk is uitgebreid ten opzichte van de voorafgaande richtlijnvoorstellen. Daarmee hebben de lidstaten rekening gehouden met de in sommige lidstaten bestaande situatie waarin geen volledig procesmonopolie van toepassing is, zodat ook andere gemachtigden voor een procespartij kunnen optreden. Het mes snijdt hier evenwel aan twee kanten. Door deze aanvulling in de richtlijn kon juist de ruime opvatting van de vrije advocaatkeuze opgeld doen: nu het optreden van een jurist van rechtsbijstandverzekeraar, niet zijnde advocaat, voor verzekerde in het kader van een gerechtelijke of administratieve procedure (volgens de nieuwe opzet van de richtlijn) kon worden gekwalificeerd als dat deze *wordt gevraagd* om de belangen van verzekerde te behartigen in deze procedure. Zoals gezegd, hebben de lidstaten er in het totstandkomingsproces van Richtlijn 87/344/EEG — voor zover kenbaar uit hun standpunten — er geen blijk van gegeven dit bedoeld te hebben. Integendeel, zij legden met een interpreterende verklaring vast dat bestaande praktijk en gewoonten ter zake rechtsbijstandverlening zouden worden gerespecteerd.

Ten slotte is het voor de lidstaten van de EEG belangrijk geweest om de met de vrije advocaatkeuze gemoeide kosten te beheersen. Daarom is in een interpreterende verklaring ten aanzien van het artikel vastgelegd dat de richtlijn het kostenaspect niet beoogt te regelen en dat het de lidstaten en de rechtsbijstandverzekeraars daarmee vrijstaat om de te vergoeden honoraria van de externe rechtshulpverleners in de verzekeringsovereenkomst te maximeren. Gezien de opmerkingen vanuit de Europese Commissie tijdens de behandeling van het tweede richtlijnvoorstel in de Raad van de EEG en de opgenomen interpreterende verklaring is naar mijn mening grote vrijheid aan de lidstaten en rechtsbijstandverzekeraars gelaten om financiële beperkingen aan te brengen aan de hoogte van de te vergoeden kosten van de externe rechtshulpverlener. Aangenomen moet worden dat dit niet ten koste kan gaan van het vrije keuzerecht dat de verzekerde toekomt, in de zin dat dit recht niet illusoir mag worden.



## Hoofdstuk 7

# De rechtsbijstandverzekering in de Nederlandse wet en praktijk

### 7.1 Inleiding

Na het uitvaardigen van Richtlijn 87/344/EEG in 1987 duurde het drie jaar alvorens de richtlijn in Nederland was geïmplementeerd. De bepalingen van de richtlijn werden opgenomen in de toenmalige Wet Toezicht Verzekeringsbedrijf (Wtv) omtrent de toezichtwetgeving op het verzekeringsbedrijf. De wetgeving ter zake de rechtsbijstandverzekering is sindsdien grotendeels ongewijzigd gebleven. Dit is echter anders voor wat betreft het vrije advocaatkeuzeartikel in de Nederlandse wetgeving. Artikel 4:67 Wft is recentelijk gewijzigd naar aanleiding van de ruimere uitleg van het HvJ EU in zijn arrest *Sneller*. In navolging op de in het vorig hoofdstuk beschreven wetgevingstraject van de EEG ter zake Richtlijn 87/344/EEG beschrijf ik in dit hoofdstuk hoe de relevante bepalingen van de richtlijn, in bijzonder het recht van vrije advocaatkeuze, zijn geïmplementeerd in de Nederlandse wet.

De Nederlandse wetgeving omtrent de rechtsbijstandverzekering kent dezelfde systematiek als Richtlijn 87/344/EEG in de zin dat onderscheid is gemaakt tussen de operationele maatregelen ten aanzien van de uitvoering van de schaderegeling en diverse in de polisvoorwaarden op te nemen rechten ten behoeve van verzekerde. Ik zal overeenkomstig hoofdstukken 5 en 6 deze systematiek volgen bij de onderstaande bespreking van de implementatie van de richtlijn. Zoals hiervoor is besproken, is dit onderscheid in maatregelen met verschillende werking en strekking ingegeven door de gedachte dat op verschillende niveaus belangenconflicten moeten worden voorkomen. De operationele maatregelen ten aanzien van de schaderegeling hebben een *intern* effect. Het recht van vrije advocaatkeuze biedt op het niveau van de verzekeringsovereenkomst een contractuele garantie ten behoeve van verzekerden, dat zoals reeds besproken dienstdoet ter voorkoming van belangenconflicten die kunnen doorwerken via de ingeschakelde externe advocaat.

In dit hoofdstuk verdient bijzondere aandacht de vraag hoe het vrije advocaatkeuzerecht zich verhoudt tot het Nederlandse rechtstelsel. Derhalve zal ik later in dit hoofdstuk uitdrukkelijk stilstaan bij de Nederlandse praktijk van rechtsbijstandverzekeraars. Het Nederlandse model van de rechtsbijstandverzekering steunt op de verlening van rechtshulp in natura, zoals is toegelicht in hoofdstuk 2. Ik zal in dit hoofdstuk ook ingaan op de contouren van het procesmonopolie van de advocatuur, dat rechtsbijstandverzekeraars dwingt bepaalde keuzes te maken ten aanzien van de inschakeling van advocaten, zulks met het oog op de beheersing van de interne kosten.

Het landschap van de rechtsbijstandverzekering is sterk aan verandering onderhevig. In de eerste plaats was het tot 1997 niet mogelijk om intern gebruik te maken van

de diensten van advocaten. Dit is veranderd met de komst van een verordening (1997) van de Nederlandse Orde van Advocaten, waarmee rechtsbijstandverzekeraars en schaderegelingskantoren advocaten in loondienst mogen hebben. Ten tweede dienen rechtsbijstandverzekeraars ingevolge het arrest *Sneller* rekening te houden met meer uitbestedingen aan advocaten.

De vrijheid van rechtsbijstandverzekeraars om zich voor te behouden om rechtshulp te verlenen in eigen beheer is door het *Sneller*-arrest dus verregaand ingeperkt. Rechtsbijstandverzekeraars behouden evenwel het monopolie op de rechtsbijstand buiten rechte.

Sinds het arrest *Sneller* gaat voor rechtsbijstandverzekeraar van de geschillenregeling (de second opinion waar verzekerde een beroep op kan doen) een ander belang uit. Nieuw is immers dat als eenmaal via de geschillenregeling is vastgesteld dat het dossier procesrijp en voldoende haalbaar is, verzekerde aanspraak maakt op bijstand door een advocaat of andere rechtshulpverlener van zijn keuze. Ik bespreek in het navolgende derhalve ook hoe de geschillenregeling in Nederland is geïmplementeerd. Hoewel de geschillenregeling niet samenhangt met het probleem van belangenconflicten in de zin van paragraaf 4.5, betreft het een belangrijke procedure.

Dit hoofdstuk staat derhalve in het teken van de analyse van het Nederlandse wettelijke kader omtrent de toegelaten operationele wijzen van rechtsbijstandschaderegeling en de gegeven invulling aan het recht van vrije advocaatkeuze. In paragraaf 7.2 volgt allereerst een uitgebreide bespreking van de implementatie van Richtlijn 87/344/EEG in de nationale wetgeving. In paragraaf 7.3 spreek ik in het verlengde daarvan de wetwijziging van artikel 4:67 Wft naar aanleiding van het arrest van het HvJ EU in *Sneller* (2013). Ik sluit dit hoofdstuk af met een bespreking van een aantal (proces)regels dat de verhouding tussen de rechtsbijstandverzekeraar en advocatuur beheerst.

## 7.2 Belangrijke Nederlandse wetgeving omtrent de rechtsbijstandverzekering in het bijzonder het recht van vrije advocaatkeuze

### 7.2.1 Inleiding

De rechtsbijstandverzekering behoort tot de categorie schadeverzekeringen.<sup>228</sup> In Nederland zijn schadeverzekeraars voor het eerst aan overheidstoezicht onderworpen met de Wet op het Schadeverzekeringsbedrijf uit 1964.<sup>229</sup> Specifieke wetgeving omtrent de rechtsbijstandverzekering kwam met de implementatie van Richtlijn 87/344/EEG. De relevante bepalingen van Richtlijn 87/344/EEG werden opgenomen in de Wet Toezicht Verzekeringsbedrijf (Wtv) van 1985.<sup>230</sup> Deze specifieke bepaling rondom de rechtsbijstandverzekering werden van kracht bij wet van 20 juni 1990.<sup>231</sup> Kort daarop werd de Wtv vervangen door de Wtv 1993, vanwege de noodzakelijke aanpassing van de wetsystematiek ter implementatie van een tweetal nieuwe

228. Zie nader Holthinrichs 2015, p. 807.

229. Wet van 22 september 1964, *Stb.* 1964, 409.

230. Wet van 18 december 1985, *Stb.* 1985, 705.

231. Wet van 20 juni 1990, *Stb.* 1990, 337.

Europese verzekeringsrichtlijnen.<sup>232</sup> Sinds 2006 is de regelgeving omtrent de branche rechtsbijstandverzekering opgenomen in de Wft, welke onder meer de Wtv 1993 heeft vervangen. De bepalingen ter zake de rechtsbijstandverzekering zijn opgenomen in de artikelen 4:64 tot en met 4:69 Wft.<sup>233</sup>

De Nederlandse regering was positief over de benodigde inspanningen om de regelgeving van Richtlijn 87/344/EEG in de praktijk te brengen. In dat verband stelde zij vast dat de gevolgen van de nieuwe wetgeving minimaal zouden zijn.<sup>234</sup> Aldus de regering liep de praktijk van Nederlandse rechtsbijstandverzekeraars destijds reeds in de pas met de dwingende voorschriften van de richtlijn. Ook de polisvoorwaarden van rechtsbijstandverzekeraars waren volgens de regering in het algemeen in overeenstemming met het nieuwe Europese recht inzake de rechtsbijstandverzekering.<sup>235</sup>

Bijzondere aandacht in de parlementaire behandeling kreeg het schaderegelingskantoor, als uitvoeringsinstantie van de schaderegeling van rechtsbijstand, naar Nederlands idee en hier te lande reeds stevig ingebed in de praktijk. Het schaderegelingskantoor speelt een belangrijke rol in Richtlijn 87/344/EEG, zoals reeds eerder aan bod is gekomen.<sup>236</sup> Ten tijde van de implementatie van Richtlijn 87/344/EEG, in 1988, waren er voor de multibranche verzekeringsmaatschappijen in Nederland acht schaderegelingskantoren in bedrijf. Zeven daarvan waren in de rechtsvorm van een stichting gegoten.<sup>237</sup> Daarentegen fungeerde in 1988 in Nederland geen enkele verzekeraar als juridische kostenverzekeraar.<sup>238</sup>

Voor Nederland was voornamelijk nieuw dat de multibranche verzekeraars voortaan een aparte vergunning moesten aanvragen voor het uitoefenen van de branche rechtsbijstand. Dit vloeiده voort uit het verbod van richtlijn 87/344/EEG om de branche rechtsbijstand als bijkomend risico met andere branches te combineren.<sup>239</sup> De regering verwachtte daarom enige verzwaring van de werklust van de verzekeringskamer, destijds toezichtsorgaan van het verzekeringsbedrijf.

Hieronder ga ik in op de implementatie van een aantal relevante bepalingen van Richtlijn 87/344/EEG. Ik bespreek eerst hoe de operationele maatregelen van artikel 3 lid 2 van de richtlijn werden omgezet. Daarna vervolg ik met het recht van vrije advocaatkeuze ter zake gerechtelijke of administratieve procedures. Ik sluit af met een korte bespreking van de geschillenregeling, die het sluitstuk vormt van de interne dossierbehandeling bij of krachtens de rechtsbijstandverzekeraar.

232. Wet van 9 maart 1994, *Stb.* 1994, 252 ter implementatie van Richtlijn 92/49/EEG (derde richtlijn schadeverzekering) en Richtlijn 92/96/EEG (derde levensverzekeringsrichtlijn).

233. Wet van 28 september 2006, *Stb.* 2006, 475.

234. *Kamerstukken II* 1988/89, 21076, 3, p. 5 (MvT).

235. *Kamerstukken II* 1988/89, 21076, 3, p. 5 (MvT).

236. Zie paragraaf 5.2.3 en 5.7.

237. *Kamerstukken II* 1988/89, 21076, 6, p. 5 (MvA II).

238. *Kamerstukken II* 1988/89, 21076, 3, p. 3 (MvT).

239. *Kamerstukken II* 1988/89, 21076, 3, p. 5 (MvT).



### 7.2.2 **Implementatie van operationele maatregelen uit artikel 3 lid 2 Richtlijn 87/344/EEG**

‘Artikel 26a Wtv

1. Een verzekeraar die uitsluitend de branche Rechtsbijstand uitoefent, dient ervoor zorg te dragen dat, voor zover de personeelsleden zich bezig houden met de schaderegeling of met het geven van juridische adviezen met betrekking tot deze regeling, zij niet terzelfder tijd dezelfde of soortgelijke werkzaamheden uitoefenen voor een andere verzekeraar die met eerstbedoelde verzekeraar financiële, commerciële of administratieve banden heeft en die een of meer andere branches uitoefent.

2. Een verzekeraar als bedoeld in het eerste lid kan de schaderegeling geheel of gedeeltelijk toevertrouwen aan een juridisch zelfstandig schaderegelingskantoor dat:

1° wordt vermeld in de overeenkomst van verzekering; en

2° indien het financiële, commerciële of administratieve banden heeft met een verzekeraar die een of meer andere branches dan de branche Rechtsbijstand uitoefent, ervoor zorg draagt dat de personeelsleden en de leden van het leidinggevend orgaan die zich bezighouden met de schaderegeling of met het geven van juridische adviezen met betrekking tot deze regeling, niet terzelfder tijd voor deze verzekeraar dezelfde of soortgelijke werkzaamheden uitoefenen.

3. Een verzekeraar als bedoeld in het eerste lid dient, voor zover hij geen gebruik maakt van de in het eerste en tweede lid bedoelde methoden, in de overeenkomst van verzekering de bepaling op te nemen dat de verzekerde, zodra hij uit hoofde van deze overeenkomst recht heeft op rechtsbijstand, de behartiging van zijn belangen mag toevertrouwen aan een advocaat van zijn keuze of aan een andere deskundige.

4. Een verzekeraar die naast de branche Rechtsbijstand een of meer andere branches uitoefent, kan de schaderegeling geheel of gedeeltelijk toevertrouwen aan een juridisch zelfstandig schaderegelingskantoor dat:

1° wordt vermeld in de overeenkomst van verzekering; en

2° indien het financiële, commerciële of administratieve banden heeft met een verzekeraar die een of meer andere branches dan de branche Rechtsbijstand uitoefent, ervoor zorg draagt dat de personeelsleden en de leden van het leidinggevend orgaan die zich bezighouden met de schaderegeling of met het geven van juridische adviezen met betrekking tot deze regeling, niet terzelfder tijd voor deze verzekeraar dezelfde of soortgelijke werkzaamheden uitoefenen.

5. Een verzekeraar als bedoeld in het vierde lid dient, voor zover hij geen gebruik maakt van de in dat lid bedoelde methode, in de overeenkomst van verzekering de bepaling op te nemen dat de verzekerde, zodra hij uit hoofde van deze overeenkomst recht heeft op rechtsbijstand, de beharti-

ging van zijn belangen mag toevertrouwen aan een advocaat van zijn keuze of aan een andere deskundige.’

In de voornoemde tekst zijn de overgenomen maatregelen van artikel 3 lid 2 Richtlijn 87/344/EEG vervat. De redactie van bovenstaand artikel wijkt significant af van de bepaling in de richtlijn. De inhoud ervan komt evenwel met de richtlijn overeen. Ik breng hier in herinnering dat artikel 3 lid 2 van Richtlijn 87/344/EEG de lidstaten en rechtsbijstandverzekeraars drie alternatieven voor inrichting van schaderegeling van rechtsbijstand verschaft. Dit betreft het (a) gescheiden beheer binnen de onderneming van de verzekeringsmaatschappij, (b) uitbesteding van de schaderegeling aan een apart zelfstandig schaderegelingskantoor (aldus buiten de verzekeringsmaatschappij) en ten slotte (c) het in de verzekeringsovereenkomst verschaffen van een vrije advocaatkeuze vanaf het moment dat verzekerde een aanspraak heeft op grond van de verzekering. De invloed van de rechtsbijstandverzekeraar op de schaderegeling neemt aldus gradueel af per alternatief van a. tot c.

De eerste variant van schaderegeling betreft het *gescheiden beheer*. De op het eerste gezicht omslachtig aandoende tekst van artikel 26a Wtv is het gevolg van de keuze dat de Nederlandse wetgever voor de gespecialiseerde rechtsbijstandonderneming gescheiden beheer wél heeft toegestaan (lid 1) maar voor de multibranche maatschappij niet (leden 4 en 5). De Nederlandse regering onderbouwde deze keuze in de Memorie van Toelichting met de stelling dat het niet goed mogelijk was binnen een multibranche verzekeringsmaatschappij een dusdanige interne scheiding in de onderneming aan te brengen dat ongewenste overdracht van informatie tussen dossiers steeds kan worden voorkomen. Het systeem van gescheiden beheer bood voor de multibranche verzekeringsmaatschappij volgens de regering derhalve minder garanties voor het tegengaan van belangenconflicten dan de overige methoden.<sup>240</sup>

Daarentegen werd het in Nederland voor de gespecialiseerde rechtsbijstandverzekeraar wél toegestaan binnen de onderneming van de verzekeringsmaatschappij rechtsbijstandschades af te wikkelen. Overeenkomstig artikel 3 lid 2 onder a Richtlijn 87/344/EEG is daartoe in artikel 26a lid 1 Wtv voor de gespecialiseerde onderneming bepaald dat de maatschappij er zorg voor dient te dragen dat personeel belast met schaderegeling of juridische adviezen ter zake rechtsbijstand niet tegelijkertijd dezelfde of soortgelijke werkzaamheden uitoefent voor een andere verzekeraar die met de rechtsbijstandverzekeringsmaatschappij financiële, commerciële of administratieve verbanden heeft en een of meer andere verzekeringsbranches uitoefent. Dit houdt in dat dit personeel niet als externe deskundige mag adviseren of schaderegeling mag uitvoeren voor de andere gelieerde verzekeringsmaatschappij noch in dienstbetrekking mag adviseren of schaderegeling mag uitvoeren, ongeacht welke verzekeringsbranche het bij deze andere maatschappij ook betreft.<sup>241</sup>

De tweede variant, het gebruik van *het schaderegelingskantoor*, kreeg — hoewel van Nederlandse origine — in de parlementaire behandeling uitgebreide aandacht.

240. Kamerstukken II 1988/89, 21076, 3, p. 3 (MvT).

241. Kamerstukken II 1988/89, 21076, 8, p. 3 (NAEV II).

Minister van Financiën Kok onderschreef in een Kamerdebat het nut en belang van het schaderegelingskantoor.<sup>242</sup> Enerzijds wees hij daartoe op het centrale probleem van een multibranche verzekeringsmaatschappij die strijdende partijen voor respectievelijk aansprakelijkheid en rechtsbijstand heeft verzekerd. De verzekeraar kan dan 'zijn totale kosten' beperken. Het probleem wordt aldus de minister verholpen door schade af te wikkelen via een zelfstandig schaderegelingskantoor. Anderzijds benadrukte de minister dat tussen het schaderegelingskantoor en de multibranche verzekeringsmaatschappij geen financiële, administratieve en commerciële banden mogen bestaan. Aldus wordt ongewenste informatieoverdracht tussen verzekeraar en schaderegelingskantoor voorkomen.<sup>243</sup>

Nederland heeft daarbij gebruikgemaakt van de optie van artikel 3 lid 2 onder b Richtlijn 87/344/EEG om ook voor leidinggevend van het schaderegelingskantoor een verbod op te leggen zich tegelijkertijd bezig te houden met schaderegeling voor verzekeringsmaatschappijen, voor zover banden met deze andere verzekeraar bestaan. Ten tijde van de implementatie van Richtlijn 87/344/EEG namen leidinggevend van multibranche verzekeringsmaatschappijen zitting in besturen van schaderegelingskantoren, echter de regering merkte daarbij op dat zij zich niet bezighielden met de regeling van individuele schadegevallen.<sup>244</sup> Aldus de Nederlandse regering was deze praktijk met voldoende waarborgen omgeven.

Met name dit verbod voor leidinggevend om zich bezig te houden met de schaderegeling werd in de Tweede Kamer te soepel gevonden. Meerdere malen is door kamerfracties kritiek gegeven op de wijze waarop het schaderegelingskantoor juridisch is gewaarborgd.<sup>245</sup> Daarbij stond onder meer het karakter van het schaderegelingskantoor en de onafhankelijkheid ervan centraal. Omtrent de borging van de onafhankelijkheid van het schaderegelingskantoor lichtte de regering toe dat de inrichting van een afzonderlijke rechtspersoon voor het schaderegelingskantoor voldoende garantie bood voor onafhankelijkheid. Daarbij merkte de regering op dat leidinggevend van het schaderegelingskantoor, hoewel mogelijk tevens werkzaam bij de verzekeringsmaatschappij, zich niet zullen bezighouden met de schaderegeling in individuele schadegevallen.<sup>246</sup> Minister Kok lichtte voorts tijdens een Kamerdebat toe dat de samenloopregeling (artikel 4 lid 1 onder b Richtlijn 87/344/EEG) nog een extra garantie biedt: als twee strijdende partijen bij hetzelfde schaderegelingskantoor zijn ondergebracht, dient dit schaderegelingskantoor partijen hiervan in kennis te stellen en geldt voor één partij het recht om een advocaat in te schakelen.<sup>247</sup>

De derde en laatste mogelijkheid van schaderegeling die Richtlijn 87/344/EEG toestaat, is de juridische *kostenverzekering*. Deze modaliteit is in Nederland toegelaten voor zowel de multibranche als de gespecialiseerde verzekeringsmaatschappijen. In de kostenverzekering zal de rechtsbijstandverzekeraar indien verzekerde daarom

242. *Handelingen II* 1989/90, 21076, 40, p. 2320.

243. *Kamerstukken II* 1988/89, 21076, 3, p. 3 (MvI).

244. *Kamerstukken II* 1988/89, 21076, 3, p. 6 (MvI).

245. *Kamerstukken II* 1988/89, 21076, 6, p. 4 (MvA II).

246. *Kamerstukken II* 1988/89, 21076, 8, p. 1 (NEV II).

247. *Handelingen II* 1989/90, 21076, 40, p. 2320.

verzoekt ter zake een gedekt geschilrisico voor verzekerde een advocaat van diens keuze inschakelen. Bij de behandeling van richtlijn 87/344/EEG in de Tweede Kamer kwam de juridische kostenverzekering niet uitgebreid aan bod, vermoedelijk mede omdat deze niet in gebruik was of in gebruik was geweest.<sup>248</sup> De regering wees er evenwel in de Memorie van Antwoord op dat de geschillenregeling niet geldt voor de juridische kostenverzekering.<sup>249</sup> Deze constatering acht ik juist, aangezien de schaderegeling dan niet door de verzekeraar zelf wordt uitgevoerd, maar door een externe advocaat naar vrije keuze van verzekerde. Zodoende kan er met de verzekeraar geen inhoudelijk conflict ontstaan over de wijze van schadeafwikkeling. De verzekeraar heeft immers geen invloed op de door verzekerde en advocaat uitgestippelde koers in het dossier (men bedenke immers dat de advocaat een geheimhoudingsplicht heeft ten opzichte van zijn cliënt, de verzekerde, en zodoende de verzekeringsmaatschappij niet inhoudelijk zal informeren over ontwikkelingen in het dossier).

### 7.2.3 Implementatie van het vrije advocaatkeuzerecht van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG

‘Artikel 26c Wtv

Een verzekeraar die overeenkomstig artikel 26a, eerste, tweede of vierde lid, de branche Rechtsbijstand uitoefent, draagt er zorg voor dat uitdrukkelijk in de overeenkomst van verzekering wordt bepaald dat het de verzekerde in ieder geval vrij staat een advocaat of een andere rechtens bevoegde deskundige te kiezen indien:

a. een advocaat of een andere rechtens bevoegde deskundige wordt verzocht de belangen van de verzekerde in een gerechtelijke of administratieve procedure te verdedigen, te vertegenwoordigen of te behartigen;

b. zich een belangenconflict voordoet.’

Overeenkomstig artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG is het recht van vrije advocaatkeuze overgenomen in artikel 26c Wtv. Ik sta hierna stil bij de modaliteit van sub a met het recht van vrije advocaatkeuze ter zake gerechtelijke en administratieve procedures. In sub b is het advocaatkeuzerecht in het kader van belangenconflicten opgenomen. Over de strekking van die bepaling was de regering duidelijk. Deze strekt ten behoeve van het geval waarin twee met elkaar strijdende partijen een beroep doen op deze verzekeraar dan wel dat beide partijen een beroep doen op hetzelfde schaderegelingskantoor.<sup>250</sup> Deze kwestie valt buiten het bestek van dit onderzoek en zal ik verder niet bespreken in dit hoofdstuk.

Gelijk als artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG is het recht van vrije advocaatkeuze in de Nederlandse wetgeving gebaseerd op drie centrale begrippen. Het betreft

248. *Handelingen II* 1989/90, 21076, 40, p. 2320.

249. *Kamerstukken II* 1988/89, 21076, 6, p. 8.

250. *Kamerstukken II* 1988/89, 21076, 3, p. 4 (MvT).

de begrippen ‘wordt verzocht’, (advocaat of andere) ‘rechtens bevoegde deskundige’ en ten slotte (gerechtelijke of) ‘administratieve procedure’. Anders gezegd, betreft het hier (1) het aanvangsmoment van het recht van vrije advocaatkeuze, (2) de groep personen vervat in het recht van advocaatkeuze en (3) de afbakening van het keuzerecht. Ik bespreek deze begrippen in de onderstaande subparagrafen in overeenkomstige volgorde.

#### 7.2.3.1 Aanvangsmoment vrije advocaatkeuze: ‘wordt verzocht’

Het criterium dat het recht van vrije advocaatkeuze ter zake gerechtelijke en administratieve procedures inluit ligt in artikel 26c, onder a Wtv besloten in de woorden ‘wordt verzocht’ in plaats van ‘wordt gevraagd’ in de richtlijn. Deze wijziging ten opzichte van de richtlijn is niet toegelicht in de parlementaire stukken. Gezien de overeenkomstige betekenis van deze begrippen mag ervan uit worden gegaan dat ter zake geen wijziging ten opzichte van de richtlijn is beoogd.

Hoewel de regering destijds niet met zoveel woorden dit criterium ‘wordt verzocht’ heeft toegelicht, heeft zij toch de voorgestane werking artikel 26c onder a gemotiveerd aan de hand van een duiding van de praktische toepassing ervan. De regering heeft evenwel expliciet aangegeven dat het moment dat de advocaat of andere deskundige wordt gevraagd — de belangen van verzekerde in een gerechtelijke of administratieve procedure te verdedigen, te vertegenwoordigen of te behartigen — ter beoordeling van de verzekeraar staat. Daarmee is echter nog niet concreet toegelicht wat wordt bedoeld met het *vragen of verzoeken* van een advocaat of rechtens bevoegde deskundige. In de Memorie van Toelichting gaf de regering een specificatie van de gebruikelijke (correcte) werkwijze van het moment van intreden van het recht van vrije advocaatkeuze:

‘Artikel 4, eerste lid, van de richtlijn schrijft voor dat de verzekerde zelf het recht heeft zijn advocaat of een andere ingevolge het nationale recht gekwalificeerde persoon te kiezen. Deze vrije advocatenkeuze komt de verzekerde in de eerste plaats toe indien een advocaat of andere deskundige wordt gevraagd zijn belangen in een gerechtelijke of administratieve procedure te verdedigen, te vertegenwoordigen of te behartigen. Behoudens in het geval dat een verzekeraar opereert volgens de derde methode en er dus sprake is van een juridische kostenverzekering op grond waarvan de verzekerde bij behoefte aan rechtsbijstand direct de hulp van een advocaat kan inroepen, staat in alle overige gevallen die vraag ter beoordeling van de verzekeraar zelf. In het algemeen zal de verzekeraar eerst een advocaat of andere deskundige inschakelen indien hij bij voorbeeld op grond van het geldende procesmonopolie daartoe gedwongen is of wanneer hij binnen zijn eigen onderneming niet over de vereiste specifieke deskundigheid beschikt om zijn verzekerden op adequate wijze te kunnen bijstaan.’<sup>251</sup>

251. Kamerstukken II 1988/89, 21076, 3, p. 4 (MvT).

Deze toelichting laat er mijns inziens geen twijfel over bestaan dat de regering aldus uitging van de visie dat de vrije advocaatkeuze eerst aan de orde is als een *externe* advocaat of persoon wordt gevraagd om voor verzekerde op te treden in een gerechtelijke of administratieve procedure. De regering sprak immers van de (inschakeling van de) advocaat of andere deskundige in de context waarin het procesmonopolie van toepassing is of wanneer het vereiste specialisme bij de verzekeraar ontbreekt. Het gaat derhalve om het moment dat het dossier van verzekerde *extern* moet gaan oftewel moet worden uitbested. In de context van voornoemd citaat van de regering is derhalve duidelijk dat hier met de advocaat of andere deskundige niet werd bedoeld op de medewerker in dienst van verzekeraar of het schaderegelingskantoor.

Deze weergave van de regering strookt met het standpunt dat de Nederlandse lidstaat in 1986 innam tijdens de onderhandeling over de richtlijn in de Groep Economische Vraagstukken, waar zij verklaarde:

‘De andere opvatting (Duitse en Nederlandse delegatie) gaat uit van de bestaande praktijk in Nederland en de Bondsrepubliek Duitsland, namelijk om de vrije keuze uitsluitend te waarborgen indien de verzekeringsmaatschappij het geschil niet meer door haar eigen juridisch adviseurs kan regelen. De verzekerde zou dan pas moeten worden ingelicht op het tijdstip waarop een belangenconflict dreigt te ontstaan. Toch zouden volgens deze beide delegaties de daaraan klevende bezwaren automatisch worden ondervangen indien artikel 4, tweede alinea (waarbij artikel 3 bis buiten toepassing blijft wanneer de rechtsbijstandschaderegeling wordt toevertrouwd aan een juridisch zelfstandige onderneming) in de tekst van de richtlijn wordt opgenomen.’<sup>252</sup>

Ironisch genoeg is de centrale onderzoeksvraag van deze dissertatie in het licht van het voorgaande tijdens de parlementaire behandeling niet diepgaander aan bod gekomen. Naar aanleiding van de hiervoor geciteerde passage van de regering omtrent het aanvangsmoment van het recht van vrije advocaatkeuze wees de PvdA-fractie er in 1989 in het Voorlopig Verslag treffend op dat de preambule van Richtlijn 87/334/EEG ogenschijnlijk een ruimere opvatting toekent dan door de Nederlandse regering geëxpliceerd:

‘Uit de memorie van toelichting konden de leden van de P.v.d.A.-fractie afleiden dat naar de mening van de regering een vrije advocatenkeuze niet aan de orde is, indien de verzekeraar zelf advocaten in dienst heeft. De zinsnede: «In het algemeen zal de verzekeraar eerst een advocaat of andere deskundige inschakelen indien hij (...) binnen zijn eigen onderneming niet over de vereiste deskundigheid beschikt (...)» zou aldus kunnen worden verstaan. De vrije keuze van een advocaat of van een andere rechtens bevoegde deskundige zou enkel aan de orde komen wanneer een advocaat *extern*, dat wil zeggen buiten de verzekeringsovereenkomst met de verzekeraar om, zou moeten worden aangetrokken. Is deze interpretatie van de memorie van toelichting juist? Zo ja, dan achten deze

252. SURE 13/86, p. 6.

leden dat in strijd met de EG-richtlijn. In de elfde overweging lezen deze leden duidelijk dat zodra sprake is van een gerechtelijke of administratieve procedure, de vrije keuze van advocaat of andere rechtens bevoegde deskundige aan de orde is. Wil de regering hierop nader ingaan?<sup>253</sup>

De regering beantwoordde dit als volgt in de Memorie van Antwoord:

‘Deze leden vroegen of hun interpretatie van de memorie van toelichting juist is dat een vrije advocatenkeuze niet aan de orde is, indien de verzekeraar zelf advocaten in dienst heeft. De vragenstellers gaan er blijkbaar van uit dat rechtsbijstandverzekeraars advocaten in dienst kunnen hebben. Deze veronderstelling is evenwel onjuist. Ingevolge artikel 3 van de Verordening op de advocaat in dienstbetrekking van het College van Afgvaardigden van de Nederlandse Orde van Advocaten (opgenomen in deel 39 van de Editie Schuurman en Jordanens) is het een advocaat niet geoorloofd in dienst te zijn van een rechtsbijstandverzekeraar. In de aangehaalde passage (punt 4. derde alinea) van de memorie van toelichting wordt voorop gesteld dat op grond van artikel 4, eerste lid, van de richtlijn een verzekerde vrije advocatenkeuze heeft zodra een advocaat of andere deskundige gevraagd wordt de belangen van de verzekerde in een gerechtelijke of administratieve procedure te verdedigen, te vertegenwoordigen of te behartigen. Het tijdstip van inschakeling van een advocaat of een andere deskundige is ter beoordeling van de verzekeraar. Wordt hiertoe besloten dan is de keuze aan de verzekerde om een van de verzekeraar onafhankelijke advocaat c.q. deskundige of een deskundige in dienst van de verzekeraar aan te wijzen.<sup>254</sup>

Een inhoudelijk antwoord van de regering op de voornoemde vraag van de PvdA-fractie bleef daarmee helaas uit. De regering benadrukte dat bij de rechtsbijstandverzekeraars destijds nog geen advocaten in dienst mochten zijn, zodat de vraag van de fractie een hypothetische was. Verwarrend genoeg expliceerde de regering in de beantwoording van de Kamervragen dat verzekerde bij het intreden van het keuzerecht het recht heeft om een van de verzekeraar onafhankelijke advocaat c.q. deskundige *of een deskundige in dienst van de verzekeraar* aan te wijzen. Dit is paradoxaal aangezien bij het moment van vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG, ook volgens de voornoemde redenering van de regering, de interne behandeling bij de verzekeraar of het schaderegelingskantoor reeds ten einde is (verondersteld werd door de regering immers het voornemen tot uitbesteding). Ten tijde van de implementatie van Richtlijn 87/344/EEG was bij gelding van het procesmonopolie een interne behandeling in ieder geval niet aan de orde. De verzekeringsmaatschappij of het schaderegelingskantoor kon immers geen advocaten in dienst hebben tot 1997. Buiten het procesmonopolie bestond deze mogelijkheid echter wel, zoals in paragraaf 7.4.2 nog nader zal worden toegelicht.

253. Zie *Kamerstukken II* 1988/89, 21076, 5, p. 3-4 (VV II).

254. *Kamerstukken II* 1988/89, 21076, 6, p. 6 (MvA II).

In de Memorie van Antwoord heeft de regering desgevraagd een aantal vigerende polisvoorwaarden van grote rechtsbijstandverzekeraars overgelegd waarbij het vrije advocaatkeuzerecht (pas) aan de orde is als de verzekeringsmaatschappij de zaak niet zelf kan afdoen.<sup>255</sup> Deze polisvoorwaarden definiëren het moment van gelding van het recht van vrije advocaatkeuze en stemmen overeen met de visie van de regering dat het recht van vrije advocaatkeuze eerst aan de orde is als de maatschappij of het schaderegelingskantoor de zaak zelf niet meer kan afdoen, zodat wordt besloten tot de inschakeling van een externe advocaat of andere deskundige.<sup>256</sup> Dit strookt met de hiervoor besproken opvatting van de regering van de toepassing van het vrije advocaatkeuzerecht wanneer de verzekeraar tot uitbesteding genoodzaakt is in verband het procesmonopolie of het bij de verzekeringsmaatschappij of schaderegelingskantoor ontbreken van het vereiste specialisme.

In de Nederlandse parlementaire stukken komt dus de visie naar voren dat het de verzekeraar ter beoordeling staat of en wanneer er een (externe) advocaat of andere rechtens bevoegde deskundige wordt ingeschakeld voor de bijstand aan verzekerde in een gerechtelijke of administratieve procedure. Wordt dit besluit genomen, dan heeft verzekerde steeds conform artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG de vrije keuze. De regering merkte ter zake op dat het primaat van de rechtsbijstandverzekeraar ten aanzien het moment van vrije advocaatkeuze van belang is om de kosten van de rechtsbijstandverzekering te drukken:

‘Deze leden vroegen of de verzekerde via de verplichte geschillenregeling het moment van vrije advocatenkeuze kan afdwingen, indien bijvoorbeeld verschil van mening bestaat tussen verzekeraar en verzekerde over de vraag of de tijd rijp is om zo’n procedure te starten of over de vraag of de verzekeraar zelf over de vereiste deskundigheid beschikt. De ondergetekenden merken daaromtrent het volgende op. Als uitgangspunt geldt dat het ter beoordeling van de verzekeraar staat het moment te bepalen wanneer een advocaat of andere deskundige wordt gevraagd de belangen van een verzekerde in een gerechtelijke of administratieve procedure te verdedigen, te vertegenwoordigen of te behartigen. Zou tussen verzekeraar en verzekerde verschil van mening ontstaan over de vraag of de tijd rijp is om een dergelijke procedure te starten, dan kan de verzekerde het moment van vrije advocatenkeuze afdwingen door middel van de scheidsrechterlijke procedure, bedoeld in artikel 26d van het wetsvoorstel. De vrije advocatenkeuze kan echter niet door middel van de scheidsrechterlijke procedure worden afgedwongen indien verschil van mening bestaat over de vraag of de verzekeraar zelf over de vereiste deskundigheid beschikt. Er is dan immers geen belangenconflict zoals bedoeld in artikel 4, eerst lid, onderdeel b, van de richtlijn. Voorts kan de geschillenregeling, bedoeld in artikel 6 van de richtlijn geen toepassing vinden aangezien het hier geen verschil van mening betreft over de te volgen gedragslijn

255. *Kamerstukken II 1988/89, 21076, 6, p. 14 e.v. (MvA II)*. Zie bijlage 1 bij deze dissertatie voor de exacte teksten van de verzekeringsvoorwaarden ten tijde van implementatie van de richtlijn alsmede voor een weergave van actuele verzekeringsvoorwaarden van die maatschappijen.

256. In sommige polisvoorwaarden werd slechts de keuze van een advocaat opengesteld en niet die van een andere ‘rechtens bevoegde deskundige’.



voor de regeling van het geschil. Een andere opvatting zou ertoe leiden dat de verzekerden rechtsbijstandverzekeraars zouden kunnen dwingen de huidige praktijk, waarbij verzekeraars zoveel mogelijk zelf rechtsbijstand verlenen, voor een deel op te geven. Dit zou een aanzienlijke kostenstijging betekenen die in de premie tot uitdrukking zou komen, hetgeen niet in het belang van verzekerden zou zijn. Overigens is het zeer wel denkbaar dat een blijvend verschil van inzicht over de deskundigheid van de verzekeraar tenslotte uitmondt in een zodanig verschil van mening over de regeling van het geschil, dat de geschillenregeling alsnog toepassing kan vinden.<sup>257</sup>

Ook dit strookt met hetgeen de Nederlandse lidstaat in 1986 naar voren bracht in de behandeling van het voorliggende richtlijnvoorstel in de Groep Economische Vraagstukken:

‘De Nederlandse delegatie stemde in met de door de Commissie voorgestelde tekst. Zij herinnerde eraan dat in haar land de beslissing om een advocaat in te schakelen genomen wordt door de verzekeringsonderneming, waarbij de verzekerde zijn eventueel afwijkend inzicht naar voren kan brengen in een geschillenregeling. Een ander systeem, waarbij de verzekerde bijvoorbeeld op elk door hem gewenst ogenblik een advocaat zou kunnen kiezen, zou de kosten van de betrokken verzekering drastisch en onaanvaardbaar verhogen.<sup>258</sup>

Daarmee heeft het recht van vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG in de Nederlandse wetgeving destijds ook een externe connotatie gekregen in de zin dat het keuzerecht eerst aan de orde is bij een besluit tot uitbesteding van de zaak in het kader van een gerechtelijke of administratieve procedure. Boshuizen (2001) beschreef dit het beste waar hij stelt dat de interne behandeling met eigen medewerkers van de verzekeringsmaatschappij of het schaderegelingskantoor is omgeven door de waarborgen van artikel 3 lid 2 Richtlijn 87/344/EEG (de operationele maatregelen van schaderegeling) en artikel 6 Richtlijn 87/344/EEG (de geschillenregeling).<sup>259</sup> In dat verband concludeerde Boshuizen mijns inziens ook terecht dat bij inschakeling van een advocaat in loondienst van de verzekeraar voor de bijstand in een gerechtelijke of administratieve procedure van verzekerde volgens de richtlijn en Nederlandse wet geen aanleiding geeft tot het recht van vrije advocaatkeuze.<sup>260</sup> Aldus stelde Boshuizen ook terecht dat de toepasselijke Verordening van de praktijkuitoefening in dienstbetrekking van 1996 – dat wel voorschrijft dat de ‘loondienstadvocaat’ bij een rechtsbijstandverzekeraar een vrije advocaatkeuze verleent bij zijn optreden – op dit punt verder ging dan de wet en richtlijn voorschrijven. Op dit aspect ga ik hierna in paragraaf 7.4.3 verder in.

Tegelijkertijd is de scheidsrechtelijke procedure, oftewel de geschillenregeling, daarmee een waarborg voor de interne behandeling van de zaak in rechte door de

257. *Kamerstukken II* 1988/89, 21076, 6, p. 6 (MvA II).

258. SURE 13/86, p. 6.

259. Boshuizen 2001, p. 373 en 374.

260. Boshuizen 2001, p. 374.

verzekeringsmaatschappij of het schaderegelingskantoor. Bovendien staat de geschillenregeling open als er tussen verzekerde en verzekeraar verschil van inzicht bestaat over de vraag of een rechtsmaatregel getroffen dient te worden, bijvoorbeeld het uitbrengen van een dagvaarding.<sup>261</sup> Ook dit strookt met de visie die de Nederlandse lidstaat heeft voorgestaan tijdens de behandeling van het tweede richtlijnvoorstel in de Groep Economische Vraagstukken, zoals bleek uit het hiervoor weergegeven citaat van de Nederlandse lidstaat omtrent onaanvaardbare kostenstijgingen. Gezien het belang van de geschillenregeling, zal ik daarop nog kort ingaan in paragraaf 7.2.4.

### 7.2.3.2 *Groep personen vrije advocaatkeuze: een advocaat of andere 'rechtens bevoegde deskundige'*

Het vrije advocaatkeuzerecht is uiteraard in de eerste plaats gekoppeld aan de advocaat. Anders dan in Richtlijn 87/344/EEG is het begrip advocaat niet toegelicht. De definitie 'advocaat' mag bekend worden verondersteld in de Nederlandse wetgeving. Dit is anders voor het begrip 'rechtens bevoegde deskundige', dat in de relevante wetgeving omtrent de rechtsbijstandverzekering ook niet nader is toegelicht. Acht moet derhalve worden geslagen op de parlementaire geschiedenis, met inachtneming van hetgeen ik in paragraaf 6.4.2.2 besprak omtrent de 'andere persoon die volgens het nationaal recht gekwalificeerd is...'.<sup>262</sup>

Met het begrip 'rechtens bevoegde deskundige' heeft de regering bewust voor een andere lading gekozen dan het begrip 'andere persoon die volgens het nationaal recht gekwalificeerd is' van Richtlijn 87/344/EEG. De regering stelde dat het aan de lidstaten is gelaten om het met de richtlijn beoogde resultaat te bereiken. Volgens de regering wordt in Richtlijn 87/344/EEG in verband met het Nederlandse procesrecht de onjuiste suggestie gewekt dat in de wet een expliciete opgave is gedaan van de in een procedure bevoegde personen.<sup>262</sup> Deze redenering kan inderdaad worden gevolgd indien met kwalificatie een opsomming van bepaalde personen of eigenschappen van personen om op te treden in de procedure is bedoeld. Men denke aan de advocaat die de kwalificaties bezit om in bepaalde bij wet aangewezen procedures op te treden met uitsluiting van andere personen.

Met het begrip 'andere rechtens bevoegde deskundige' wordt volgens de regering aangesloten bij de praktijk dat in sommige procedures, bijvoorbeeld kantonzaken, (in beginsel) iedereen bevoegd is op te treden. In gelijke mate is alsdan iedereen een 'rechtens bevoegde deskundige', aldus de regering:

'De leden van de P.v.d.A.-fractie wilden weten welke categorieën personen onder de term «rechtens bevoegde deskundigen» vallen. Zij vroegen zich daarbij af of de vrije keuze alleen aan de orde is indien gerechtelijke of administratieve procedures specifieke beperkingen opleggen aan de per-

261. Zie *Kamerstukken II* 1988/89, 21076, 8, p. 6 (NAV II).

262. *Kamerstukken II* 1988/89, 21076, 6, p. 6 (MvA II). In de Nederlandse wet is inderdaad geen opgave gedaan van de bevoegde personen. Procedurele beperkingen ter zake van procesvertegenwoordiging zijn in de wet juist negatief geformuleerd, in die zin dat bij bepaalde procedures wordt opgegeven dat procesvertegenwoordiging door middel van een advocaat vereist is.

sonen die hierin een cliënt kunnen vertegenwoordigen, of dat, indien dergelijke specifieke beperkingen er niet zijn, in beginsel iedere burger een «rechtens bevoegde deskundige» is.

De vrije keuze is aan de orde wanneer een gerechtelijke of administratieve procedure wordt ingesteld. Bij sommige van deze procedures zijn alleen advocaten rechtens bevoegd en bij andere is dat in beginsel iedereen. De vrije keuze is derhalve niet alleen aan de orde bij procedures die specifieke beperkingen opleggen aan de personen die hierin een cliënt vertegenwoordigen.<sup>263</sup>

Met dit het begrip ‘rechtens bevoegde deskundige’ wordt aldus bevestigd dat bij wet geen positieve opsomming van de (vereiste kwalificaties van) bevoegde personen hoeft te zijn gegeven. Het gebruik van de term ‘rechtens bevoegde deskundige’ sluit aldus aan bij het in paragraaf 6.4.2.2 vastgestelde doel. Met het gebruik van het begrip wordt rekenschap gegeven van het feit dat in Nederland niet in alle procedures verplichte procesvertegenwoordiging geldt en een advocaat moet worden ingeschakeld.

Het mes snijdt echter aan twee kanten. Als de verzekeraar besluit – overeenkomstig het in de vorige subparagraaf vastgestelde ‘verzoek’ – een externe *rechtens bevoegde deskundige* in te schakelen heeft verzekerde aldus een vrije keuzemogelijkheid en mag deze ook een advocaat kiezen. Daarenboven kan verzekerde ook een rechtens bevoegde deskundige kiezen wanneer de verzekeringsmaatschappij een externe advocaat wenst in te schakelen voor bijstand in een gerechtelijke of administratieve procedure.

Tot op heden is mij niet gebleken van discussies in de praktijk over de uitleg van de reikwijdte van het begrip ‘rechtens bevoegde deskundige’. Dit mag wellicht ook niet verbazen, aangezien de staande praktijk tot op voor kort veelal was dat de verzekeringsmaatschappij eerst overging tot het uitbesteden van een dossier wanneer zij op grond van het procesmonopolie daartoe was gedwongen. In dat geval is per definitie slechts de keuze van een advocaat aan de orde.

De regering heeft tijdens de parlementaire behandeling wel onderschreven dat de vigerende polisvoorwaarden uitgingen van een te beperkte vrije advocaatkeuzemogelijkheid. Deze polisvoorwaarden gingen stevast uit van de vrije advocaatkeuze als een advocaat wordt ingeschakeld.<sup>264</sup> De polisvoorwaarden zullen echter het recht van verzekerde moeten eerbiedigen om – waar het procesrecht dat toelaat – een niet-advocaat te kiezen in plaats van een advocaat en, andersom, dat verzekerde een advocaat mag kiezen wanneer de verzekeringsmaatschappij besluit een externe niet-advocaat in te schakelen.

263. *Kamerstukken II 1988/89, 21076, 5, p. 2-3 (VV II).*

264. Zie paragraaf 6.5.1.

### 7.2.3.3 Reikwijdte vrije advocaatkeuzerecht: (gerechtelijke) en administratieve procedures

In paragraaf 6.4.2.3 is besproken dat het begrip ‘gerechtelijke procedure’ duidelijk is — als een procedure ten overstaan van een rechter — maar dat het begrip ‘administratieve procedure’ toelichting behoeft. Ook naar Nederlands recht lijkt een toelichting niet overbodig.

De Nederlandse wetgever heeft helaas geen noodzaak gezien om het begrip ‘administratieve procedure’ toe te lichten in de parlementaire stukken. Ik kan daarover dan ook enkel mijn vermoeden uitspreken dat het begrip destijds in de toenmalige maatschappelijke en juridische context niet onduidelijk was. Er zijn immers ook geen Kamervragen gesteld naar aanleiding van dit begrip. Het ligt daarom mijns inziens voor de hand dat met het begrip ‘administratieve procedure’ ook naar nationaal recht aansluiting moet worden gezocht bij het begrip ‘administratief’ in de zin van het in de procedure toepasselijk soort recht, zodat naar huidig recht moet worden gesproken van ‘bestuursrechtelijke procedure’, zoals ik in paragraaf 6.4.2.3 concludeerde.

Wel is uit de parlementaire geschiedenis af te leiden dat bij de gerechtelijke en administratieve procedures genoemd in artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG en 26c Wtv niet van belang is of ter zake de procedure het procesmonopolie geldt. De Nederlandse regering antwoordde op Kamervragen in de Memorie van Antwoord dat in sommige procedures alleen advocaten bevoegd zijn en in andere procedures in beginsel iedereen.<sup>265</sup> Uit het procesmonopolie kan derhalve ook geen verdere aanwijzing worden ontleend over de reikwijdte van artikel 26c Wtv en het vrije advocaatkeuzerecht met betrekking tot gerechtelijke en administratieve procedures.

### 7.2.4 De geschillenregeling

#### ‘Artikel 26d Wtv

Een verzekeraar als bedoeld in artikel 26c draagt er zorg voor dat uitdrukkelijk in de overeenkomst van verzekering wordt voorzien in een scheidsrechterlijke procedure of een andere procedure die vergelijkbare garanties inzake objectiviteit biedt, teneinde te bepalen welke gedragslijn er bij verschil van mening tussen de verzekeraar dan wel het juridisch zelfstandig schaderegelingskantoor en de verzekerde zal worden gevolgd voor de regeling van het geschil.’

Overeenkomstig artikel 6 Richtlijn 87/344/EEG is in de Nederlandse wet de maatregel van de scheidsrechterlijke procedure, oftewel de geschillenregeling, overgenomen. In de Memorie van Toelichting lichtte de regering deze procedure als volgt toe:

‘Bij een procedure die met een scheidsrechterlijke procedure vergelijkbare garanties inzake objectiviteit biedt, zal in ieder geval sprake moeten zijn van een voor verzekeraar en verzekerde bindend advies, gegeven door

265. Kamerstukken II 1988/89, 21076, 6, p. 6 (MvA).

een van de verzekeraar onafhankelijke ter zake kundige derde. De door rechtsbijstandverzekeraars veelal gehanteerde zogeheten geschillenregeling voldoet aan deze eisen. Deze regeling behelst in grote lijnen het volgende. Indien de verzekerde het oneens is met de aanpak van zijn zaak door de verzekeraar of diens zienswijze over de kans van slagen kan hij de verzekeraar verzoeken het probleem voor te leggen aan een door hemzelf te kiezen advocaat, die daarover een bindend advies uitbrengt. Indien de advocaat de zienswijze van de verzekerde deelt, kan hij de behandeling van de zaak voortzetten op kosten van de verzekeraar. Is evenwel de advocaat de mening van de verzekeraar toegedaan, dan kan de verzekerde zijn zaak voor eigen rekening voortzetten en zal de verzekeraar – zo de verzekerde zijn zaak wint – de kosten alsnog vergoeden.<sup>266</sup>

Het karakter van de geschetste geschillenregeling was volgens de destijds gangbare procedure een bindend advies van de door verzekerde gekozen advocaat. Verplicht voorgeschreven is deze gang van zaken niet, daar de wet in lijn met Richtlijn 87/344/EEG slechts bepaalde dat er sprake moet zijn van objectiviteit en dat het een procedure betreft ten aanzien van een verschil van inzicht over de interne dossierbehandeling. Variatie is dus mogelijk.

Desalniettemin was de geschillenregeling op zichzelf geen middel om vrije advocaatkeuze af te dwingen. Het oordeel van de gekozen advocaat ziet immers op het geven van een onafhankelijk bindend advies ten aanzien van de interne zaaksbehandeling. Bijzonder is des te meer dat de regering schetste dat indien verzekerde in de geschillenregeling in het gelijk werd gesteld, hij op kosten van de verzekeraar de zaak met deze advocaat kon voortzetten. Dit volgt evenwel niet als eis uit artikel 6 Richtlijn 87/344/EEG noch uit de tekst van artikel 26d Wtv voornoemd. Het moet er zonder aanwijzingen anderszins voor gehouden worden dat de regering hier slechts de algemene lijn uit de aan bod gekomen polisvoorwaarden heeft gedestilleerd, zonder daarmee aan te geven dat wanneer verzekerde gelijk krijgt in de geschillenregeling deze een garantie verwerft om met de (door verzekerde immers gekozen) externe advocaat zijn rechtsbijstand voort te zetten (een verkapte vrije advocaatkeuze). Het is daarentegen immers goed denkbaar dat de verzekeringsmaatschappij of het schaderegelingskantoor alsdan het bindende advies van de advocaat moet opvolgen. Ook dan is immers het verschil van inzicht tussen de verzekeringsmaatschappij of het schaderegelingskantoor en verzekerde ter zake opgeheven.

Tijdens de parlementaire behandeling is verder veel te doen geweest over de vraag of een verzekerde door middel van de geschillenregeling de vrije advocaatkeuze van artikel 26c Wtv kon afdwingen.<sup>267</sup> Op die wijze zou een verzekerde met een beroep op de regeling zelf kunnen aansturen op de vrije advocaatkeuze. Deze zienswijze was volgens de regering onjuist. Het was aldus de regering immers de verzekeraar die bepaalt wanneer een advocaat of andere rechtens bevoegde deskundige wordt gevraagd de belangen van een verzekerde in een gerechtelijke of admi-

266. *Kamerstukken II 1988/89, 21076, 3, p. 7 (MvT).*

267. *Kamerstukken II 1988/89, 21076, 6, p. 5 (MvA II) en Kamerstukken II 1988/89, 21076, 8, p. 5-6 (NEV II).*

nistratieve procedure te verdedigen, te vertegenwoordigen of te behartigen. Aldus de regering in de Nota naar aanleiding van het eindverslag:

‘Deze leden vroegen of de verzekerde via de verplichte geschillenregeling het moment van vrije advocatenkeuze kan afdwingen, indien bijvoorbeeld verschil van mening bestaat tussen verzekeraar en verzekerde over de vraag of de tijd rijp is om zo’n procedure te starten of over de vraag of de verzekeraar zelf over de vereiste deskundigheid beschikt. De ondergetekenden merken daaromtrent het volgende op. Als uitgangspunt geldt dat het ter beoordeling van de verzekeraar staat het moment te bepalen wanneer een advocaat of andere deskundige wordt gevraagd de belangen van een verzekerde in een gerechtelijke of administratieve procedure te verdedigen, te vertegenwoordigen of te behartigen. Zou tussen verzekeraar en verzekerde verschil van mening ontstaan over de vraag of de tijd rijp is om een dergelijke procedure te starten, dan kan de verzekerde het moment van vrije advocatenkeuze afdwingen door middel van de scheidsrechterlijke procedure, bedoeld in artikel 26d van het wetsvoorstel. De vrije advocatenkeuze kan echter niet door middel van de scheidsrechterlijke procedure worden afgedwongen indien verschil van mening bestaat over de vraag of de verzekeraar zelf over de vereiste deskundigheid beschikt. Er is dan immers geen belangenconflict zoals bedoeld in artikel 4, eerst lid, onderdeel b, van de richtlijn. Voorts kan de geschillenregeling, bedoeld in artikel 6 van de richtlijn geen toepassing vinden aangezien het hier geen verschil van mening betreft over de te volgen gedragslijn voor de regeling van het geschil. Een andere opvatting zou ertoe leiden dat de verzekerden rechtsbijstandverzekeraars zouden kunnen dwingen de huidige praktijk, waarbij verzekeraars zoveel mogelijk zelf rechtsbijstand verlenen, voor een deel op te geven. Dit zou een aanzienlijke kostenstijging betekenen die in de premie tot uitdrukking zou komen, hetgeen niet in het belang van verzekerden zou zijn. Overigens is het zeer wel denkbaar dat een blijvend verschil van inzicht over de deskundigheid van de verzekeraar tenslotte uitmondt in een zodanig verschil van mening over de regeling van het geschil, dat de geschillenregeling alsnog toepassing kan vinden.’<sup>268</sup>

Als er derhalve tussen verzekerde en verzekeraar discussie bestaat over de vereiste deskundigheid bij de verzekeraar leidt dit niet tot de vrije advocaatkeuze van (destijds) artikel 26c Wtv. Dit past in het door de regering bij Memorie van Toelichting geschetste kader waarbij de rechtsbijstandverzekeraar over het algemeen eerst de vrije advocaatkeuze zou verlenen wanneer hij niet over de benodigde deskundigheid beschikt of indien het procesmonopolie van toepassing is. Zo mogelijk, zo werd door de regering onderkend, zal de rechtsbijstandverzekeraar zelf in rechte optreden voor verzekerde, derhalve zonder dat de vrije advocaatkeuze behoeft te worden verleend.

268. Kamerstukken II 1988/89, 21076, 3, p. 4 (MvT).

Men dient zich op dit punt echter te realiseren dat de *Sneller*-uitspraak (2013) van het HvJ EU dit heeft veranderd. Indien nu immers de geschillenregeling wordt aangewend omtrent de vraag of het dossier van verzekerde rijp is voor het treffen van rechtsmaatregelen en verzekerde krijgt gelijk (rechtsmaatregelen moeten worden getroffen), dan heeft verzekerde aldus op grond van het *Sneller*-arrest automatisch het recht daarbij zijn advocaat of andere rechtens bevoegde deskundige te kiezen. In zoverre kan nu met de geschillenregeling dus wel worden aangestuurd op het intreden van het vrije advocaatkeuzerecht.

### 7.3 **Wijziging artikel 4:67 Wft (artikel inzake de vrije advocaatkeuze) naar aanleiding van de uitspraak *Sneller* (2013)**

De Nederlandse wetgever heeft in de uitspraak inzake *Sneller* van het HvJ EU en aansluitend de bevestiging van deze uitspraak van de Hoge Raad van 21 februari 2014<sup>269</sup> aanleiding gevonden om artikel 4:67 Wft aan te passen.<sup>270</sup> De nieuwe tekst van het artikel luidt sinds 1 januari 2015:

‘Artikel 4:67 Wft

1. Een rechtsbijstandverzekeraar draagt er zorg voor dat in de overeenkomst inzake de rechtsbijstanddekking uitdrukkelijk wordt bepaald dat het de verzekerde vrij staat een advocaat of een andere rechtens bevoegde deskundige te kiezen:

a. om zijn belangen in een gerechtelijke of administratieve procedure te verdedigen, te vertegenwoordigen of te behartigen; of

b. indien zich een belangenconflict voordoet.

2. Dit artikel is niet van toepassing op rechtsbijstandverzekeraars die toepassing hebben gegeven aan artikel 4:65, eerste lid, onderdeel c, of 4:65, tweede lid, onderdeel b.’

Met de nieuwe bepaling van artikel 4:67 lid 1 sub a Wft is overeenkomstig de uitspraak van het HvJ EU inzake *Sneller* geregeld dat een besluit van de verzekeringsmaatschappij tot het inschakelen van een externe rechtshulpverlener geen wettelijke voorwaarde vormt van het recht van vrije advocaatkeuze. De redactie van de nieuwe bepaling komt mij – nog buiten door mij reeds bepleite beperkte interpretatie van het vrije advocaatkeuzerecht – erg ruim voor. Nu het vereiste van het ‘verzoek’ in de tekst is geschrapt, is ook de indicator van het aanvangsmoment voor het vrije keuzerecht verdwenen. Daarmee lijken kwesties van polisdekking, haalbaarheid en procesrijpheid te worden doorkruist. Tegelijkertijd is het de vraag wat nog resteert van de preprocesuele rechtshulp, alvorens een procedure wordt gestart voor verzekerde.

269. HR 21 februari 2014, NJ 2015, 55.

270. De gewijzigde tekst van artikel 4:67 Wft is aangedragen door middel van de derde nota van wijziging en bekrachtigd bij wet van 19 november 2014, *Stb.* 2014, 472. Het nieuwe artikel is in werking getreden per 1 januari 2015, *Stb.* 2014, 534.

De nieuwe tekst van artikel 4:67 Wft wekt in mijn ogen de onjuiste suggestie dat een verzekerde op ieder moment op kosten van de maatschappij een rechtshulpverlener mag inschakelen en zich door deze mag laten vertegenwoordigen in een gerechtelijke of administratieve procedure. Dit verhoudt zich reeds niet met de regie van de verzekeringsmaatschappij in de dossierbehandeling, wat de regering destijds ook onderschreef bij de implementatie van Richtlijn 87/344/EEG.<sup>271</sup> Dit veroorzaakt misschien minder problemen wanneer verzekerde door diens wederpartij in een procedure wordt betrokken, zodat alsdan het moment van noodzakelijke procesbijstand gegeven is. Een complicatie ontstaat echter vooral als verzekerde zelf zijn rechten geldend wil maken. De rechtsbijstandverzekering omvat namelijk ook een beoordeling, door de verzekeringsmaatschappij of het schaderegelingskantoor, van de vraag of een verzekerde wel aanspraak kan maken op bijstand in een procedure op kosten van verzekeraar. Daaronder valt de toets of in een voorkomend geval polisdekking bestaat, of er nog mogelijkheid is tot het treffen van een minnelijke regeling, en ten slotte de toets of de zaak procesrijp is. Met deze omstandigheden lijkt in de nieuwe tekst geen rekening te zijn gehouden, nu het lijkt dat verzekerde zich meteen kan beroepen op het recht om een procedure te starten en daarvoor een rechtshulpverlener te kiezen.

Derhalve acht ik de nieuwe tekst van artikel 4:67 Wft onnodig ruim opgesteld nu niet is aangegeven wanneer het keuzerecht gaat gelden. Ook wanneer uit wordt gegaan van de vigerende ruime uitleg van het recht van vrije advocaatkeuze vervulde de term 'wordt verzocht' in de voorgaande tekst van het artikel een zekere functie, waarbij verzekeraar een regiefunctie behield. Dat met voortschrijdend inzicht inzake *Sneller* (2013) de redactie van het artikel moest worden aangepast, is evident. Men bedenke zich echter dat het HvJ EU enkel heeft aangegeven dat bij het vrije advocaatkeuzerecht van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG niet de voorwaarde mag worden gesteld van een besluit van de verzekeraar dat een externe rechtshulpverlener in wordt geschakeld. De Nederlandse wetgever lijkt echter een stap verder te zijn gegaan door in artikel 4:67 lid 1 onder a Wft het criterium dat het vrije advocaatkeuzerecht inleidt geheel te schrappen, in plaats van het te nuanceren naar aanleiding van het arrest *Sneller*.

Kortom, de huidige tekst (2018) is aldus onnodig ruim opgesteld en leidt tot verdere verwarring. Er lijkt zich hier nu hetzelfde probleem voor te doen dat ik al eerder aan de orde heb gesteld ten aanzien van artikel 3 lid 4 van het oorspronkelijke richtlijnvoorstel voor Richtlijn 87/344/EEG uit 1979.<sup>272</sup> In deze ontwerpbepalings was namelijk eveneens een vrije advocaatkeuzerecht toegekend aan verzekerden zonder dat werd aangegeven op welk moment dit recht geldend kon worden gemaakt. Deze onduidelijkheid werd destijds derhalve terecht in de Groep Economische Vraagstukken aan de orde gesteld. Door de lidstaten is vervolgens in de Raad van de EEG het model van de kostenverzekering gecreëerd dat een alternatief diende te bieden en verzekerde van meet af aan een keuzerecht verschaft. Er geldt aldus een nadrukkelijk onderscheid tussen het minimum van vrije advocaatkeuze, met

271. Zie paragraaf 7.2.3.

272. Zie paragraaf 6.2.



verwijzing naar gerechtelijke en administratieve procedure, en de ruime modaliteit van de vrije advocaatkeuze, de kostenverzekering.

Een toelichting voor de gekozen nieuwe redactie van artikel 4:67 Wft ontbreekt echter; het enige is een verwijzing naar de uitspraak van het HvJ EU inzake *Sneller* en het daaropvolgende eindarrest van de Hoge Raad.<sup>273</sup> Dit is te betreuren omdat aldus de vraag rijst of het primaat van de verzekeringsmaatschappij verloren is gegaan, hoewel dit aanvankelijk nog uitgangspunt was van de Nederlandse regering.

#### 7.4 **Verhouding advocatuur en rechtsbijstandverzekeraars: procesmonopolie en toetreding advocaten bij rechtsbijstandverzekeraars en schaderegelingskantoren**

##### 7.4.1 **Inleiding**

De mogelijkheden voor rechtsbijstandverzekeraars om in rechte op te treden voor verzekerden worden in belangrijke mate beïnvloed door enerzijds de regels omtrent verplichte procesvertegenwoordiging in diverse gerechtelijke procedures en anderzijds de regels die de Orde van Advocaten stelt voor advocaten in dienstbetrekking bij rechtsbijstandverzekeraars en schaderegelingskantoren. In deze paragraaf licht ik de beperkingen die hieruit voortvloeien toe.

Pas in 1997 werd het voor rechtsbijstandverzekeraars mogelijk om volledig zelf, zonder externe advocaten, in rechte op te treden voor verzekerden. Rechtsbijstandverzekeraars hebben van meet af aan te maken gehad met de beperkingen van het procesmonopolie, dat historisch vervlochten is met het Nederlandse rechtssysteem. Per 1 mei 1997 werden door de NOvA de mogelijkheden van toetreding tot de balie aanmerkelijk verruimd, en werd het rechtsbijstandverzekeraars en schaderegelingskantoren toegestaan om advocaten in dienst te hebben. Dit maakte het voor rechtsbijstandverzekeraars en schaderegelingskantoren voor het eerst mogelijk om in alle procedures rechtstreeks op te treden voor verzekerden.

Ik merk hier voor de volledigheid op dat verzekeringsmaatschappijen ook een ander middel ten dienste stond en staat om tegen beheersbare kosten processuele bijstand te bieden aan verzekerden, namelijk door middel van gebruik van zogenaamde ‘netwerkadvocaten’. Als verzekerde – ondanks zijn recht van vrije advocaatkeuze – daarmee instemt, kan de verzekeringsmaatschappij de verdere behandeling opdragen aan een advocaat met wie deze vooraf prijsafspraken heeft gemaakt.<sup>274</sup>

##### 7.4.2 **Het procesmonopolie van de advocatuur**

Een belangrijk gegeven voor de rechtsbijstandverzekering is het bestaan van een procesmonopolie, ook wel domeinmonopolie van de advocatuur genoemd. Volgens de regels van procesrecht geldt in het strafrecht en het burgerlijk recht dat procespartijen zich in veel procedures niet door eenieder mogen laten bijstaan of verte-

273. *Kamerstukken II* 2013/14, 33918, 10, p. 12-13 (Derde Nota van Wijziging).

274. Zie paragraaf 2.2.

genwoordigen maar slechts door een tot de Nederlandse balie toegelaten advocaat. Dit leidt ertoe dat de rechtsbijstandverzekeraar of diens schaderegelingskantoor in overweging moet nemen of men zelf advocaten in dienst wil nemen om verzekerden in alle procedures te kunnen bijstaan.

Het procesmonopolie van de advocatuur bestrijkt het strafrecht en het burgerlijk recht en is historisch verweven met het procesrecht in deze rechtsgebieden. In het strafrecht bestaat van oudsher een *recht op verdediging* door een raadsman. Dit is derhalve geen verplichting voor een verdachte in een strafrechtelijke vervolging of strafproces. Er bestaat in beginsel dan ook geen verplichte procesvertegenwoordiging in het strafrecht.<sup>275</sup> Een verdachte mag aldus ook zijn eigen verdediging voeren. De verdediging is ingevolge het Wetboek van Strafvordering uit 1926 voorbehouden aan de advocatuur.<sup>276</sup>

In het civiele recht gaat het primaat van de advocatuur op de rechtsbedeling verder waar voor veel zaken de *verplichte procesvertegenwoordiging* geldt. Voor het procederen in civiele dagvaardingszaken voor de rechtbank (sector civiel), het gerechtshof en de Hoge Raad is aldus de tussenkomst van een advocaat vereist.<sup>277</sup> In verzoekschrift-procedures zijn de eisen voor procesvertegenwoordiging evenwel aanzienlijk minder verstrekkend aangezien de procespartij aanzienlijk mondiger wordt geacht, zodat de tussenkomst van een advocaat slechts wordt verlangd waar een verzoekschrift of verweerschrift moet worden ingediend. Daarna kan de betreffende partij zichzelf verdedigen althans zijn zaak bepleiten.<sup>278</sup>

Een belangrijke uitzondering op het procesmonopolie in het civiele recht wordt gevormd door de rechtspraak bij de kantonrechter. Op grond van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering (Rv) is het ten overstaan van de kantonrechter mogelijk om in persoon te procederen.<sup>279</sup> Daarbij is voor procespartijen bij de kantonrechter tevens de mogelijkheid opengesteld om zich te laten bijstaan door een gemachtigde anders dan een advocaat. Tot 2002 betrof het kantongerecht een zelfstandige instantie binnen de gerechtelijke organisatie. Sinds 1 januari 2002 ressorteert de kantonrechter onder de arrondissementsrechtbank en is het onderscheid te maken tussen 'kantonzaken' voor de rechtbank en 'civiele zaken' of 'handelszaken', waarvoor een advocaat moet worden gesteld.<sup>280</sup>

De rechtspraak voor de kantonrechter bestrijkt diverse rechtsgebieden. Enerzijds betreft dit de zogenaamde 'aardzaken', ongeacht de hoogte van het in die zaken gemoeide financiële belang, genoemd in artikel 93 Rv. Dit zijn (momenteel) zaken betreffende een arbeidsovereenkomst, een collectieve arbeidsovereenkomst, algemeen verbindend verklaarde bepalingen van een collectieve arbeidsovereenkomst,

275. Behoudens enkele uitzonderingen waaronder het indienen van een cassatieberoep waarvoor een advocaat verplicht is gesteld, artikel 437 lid 2 Sv. Zie ook Reijntjes 2009, p. 79 en Spronken 2001, p. 224.

276. Zie momenteel artikel 37 Sv, vergelijk Reijntjes 2009, p. 80.

277. Artikel 79 lid 2 Rv, artikel 99 lid 1 Rv (oud).

278. Zie Rutgers 1980, p. 93. Zie ook Snijders, Klaassen & Meijer 2017, p. 425-426.

279. Artikel 79 lid 1 Rv. Zie Rutgers 1980, p. 61. Snijders, Klaassen & Meijer 2017, p. 145.

280. *Stb.* 2001, 582 en *Stb.* 2001, 583.

een vut-overeenkomst conform de Wet kaderregeling vut overheidspersoneel, een consumentenkredietovereenkomst met een krediet som van ten hoogste € 40.000 en de agentuur-, huur-, huurkoop- of consumentenkoopovereenkomst. Meest recentelijk is per juli 2011 de competentie van kantonrechter in civiele zaken uitgebreid met de genoemde procedures inzake consumentenkredietovereenkomsten tot een belang van € 40.000 en consumentenkoopzaken.<sup>281</sup>

Naast de aardzaken is de kantonrechter bevoegd kennis te nemen van (overige) civiele zaken betreffende een belang van ten hoogste € 25.000. Deze competentiegrens is eveneens recentelijk vastgesteld met ingang van 1 juli 2011. Voordien lag de hoogte van de competentiegrens voor zaken waarin de kantonrechter bevoegd was op € 5.000 en voor 1999 nog op fl. 5.000. Zaken boven het bedrag van € 25.000 dienen derhalve te worden aangebracht voor de rechtbank, sector civiel of worden daarnaar doorverwezen door een andere, niet bevoegde rechter.

Het procesmonopolie van de advocatuur strekt zich dus uit tot de rechtsbijstand in strafrechtzaken en een aanzienlijk deel van het burgerlijk recht. Er zijn evenwel uitzonderingen op de regel. Ik zal de uitzonderingen niet uitputtend bespreken maar noem enkele voorbeelden. In het strafrecht kan worden gewezen op de procedure inzake artikel 12 Wetboek van Strafvordering waarbij een belanghebbende kan klagen tegen de beslissing van een officier van justitie om een strafbaar feit niet verder te vervolgen. In het burgerlijk recht bestaat in kort geding voor de verwerende partij een belangrijke uitzondering op de hoofdregel van verplichte procesvertegenwoordiging, buiten de genoemde kantonzaken. Artikel 255 Rv bepaalt dat de gedaagde ook in persoon kan procederen in kort geding. Hoewel de tekst van dit artikel daar niet over rept, is in de praktijk de figuur ontstaan waarbij een gedaagde zich ter zitting laat *bijstaan* door een zogenaamde 'rechtshelper, niet zijnde advocaat'. De Hoge Raad heeft deze praktijk aanvaard met de kanttekening dat de voorzieningenrechter in kort geding de bijstand van een rechtshelper kan weigeren op gronden van de goede procesorde.<sup>282</sup>

Buiten het strafrecht en civiele recht bestaat geen procesmonopolie. Dit laat dus nog diverse rechtsterreinen bestaan waarbij de vertegenwoordiging of bijstand niet noodzakelijkerwijs door een advocaat behoeft te worden geleverd. Men denke daarbij aan het bestuursrecht, fiscaal recht maar ook aan arbitrale procedures en procedures voor geschillencommissies.

281. Wet van 19 mei 2011 tot wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie, de Wet op de rechterlijke indeling, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en enkele andere wetten naar aanleiding van de evaluatie van de modernisering van de rechterlijke organisatie en in verband met de regeling van het klachtrecht inzake gedragingen van rechterlijke ambtenaren (Evaluatiewet modernisering rechterlijke organisatie), *Stb.* 2011, 255.

282. HR 28 april 1995, *NJ* 1995, 729.

#### 7.4.3 Verordening op de praktijkuitoefening in dienstbetrekking: mogelijkheden voor advocaten om toe te treden tot rechtsbijstandverzekeraars en discussie over de vrije advocaatkeuze

Ten tijde van het uitvaardigen van Richtlijn 87/344/EEG in 1987 en tijdens de implementatie ervan in de Nederlandse wetgeving in 1989 en 1990 was het voor rechtsbijstandverzekeraars derhalve nog niet mogelijk om advocaten in loondienst te hebben.<sup>283</sup> Hierin kwam verandering naar aanleiding van de aanbevelingen van de Interdepartementale Werkgroep Domeinmonopolie Advocatuur (ook wel 'Commissie Cohen' genoemd).<sup>284</sup> Deze commissie onderzocht in hoeverre het mogelijk en zinvol was om met behoud van kwaliteit van de rechtsbedeling de mededingingen tussen de aanbieders van verschillende vormen van rechtsbijstand te bevorderen.<sup>285</sup> De commissie concludeerde onder andere tot uitbreiding van de toelatingmogelijkheden tot de advocatuur. Als rechtstreeks gevolg hiervan heeft de NOvA conform haar regelgevende bevoegdheid een nieuwe verordening uitgevaardigd waarmee de mogelijkheden tot toetreding aanmerkelijk werden verruimd.<sup>286</sup>

Op 27 november 1996 stelde de NOvA derhalve een nieuwe verordening vast: de Verordening op de praktijkuitoefening in dienstbetrekking. Per 1 mei 1997 werd de verordening van kracht.<sup>287</sup> Ingevolge artikel 3 lid 1 onder e van deze verordening werd het voor juristen in dienst van een rechtsbijstandverzekeraar of schaderegelingskantoor mogelijk om toe te treden tot de balie althans konden advocaten daar in dienst treden. Deze verordening adresseert bepaalde categorieën advocaten in loondienst van een werkgever buiten de sector van de advocatuur en legde voor hen verplichten op.

Tot deze categorieën advocaten in loondienst van een werkgever behoren: bedrijfsjuristen, overheidsjuristen, rechtshulpverleners van rechtsbijstandverzekeraars, juristen bij een ideële stichting en ten slotte juristen werkzaam bij een bureau voor rechtshulp. De twee eerstgenoemde groepen wijken van de drie laatstgenoemde af omdat bij de eerste twee de werkgever tevens 'cliënt' van de advocaat is (parallelle belangen) terwijl bij de laatste drie dit niet noodzakelijkerwijs het geval is: de cliënt is vaak de persoon die ingevolge de doelstelling van de werkgever wordt bijgestaan. De belangen van de cliënt en werkgever van de advocaat lopen niet parallel bij de rechtsbijstandverzekeraar, die in zijn algemeenheid gezien als verzekeraar een belang heeft om te maken kosten te beperken, terwijl verzekerde de cliënt is, die zal nastreven om gedegen rechtshulp te krijgen, wat niet altijd tegen lage kosten lukt.

283. Op grond van de Verordening op de advocaat in Dienstbetrekking uit 1977 van de NOvA. Zie ook Gunst & Bruinsma 2002, p. 9.

284. Rapport van de Interdepartementale Werkgroep Domeinmonopolie Advocatuur (Werkgroep Cohen) van 27 juni 1995.

285. Gunst & Bruinsma 2002, p. 10. De instelling van de commissie vloeide voort uit de notitie Marktwerving, deregulering en wetgevingskwaliteit, *Kamerstukken II* 1994/95, 24036, 1.

286. In de nieuwe praktijkverordening werden vijf categorieën nieuwe toetreders onderscheiden: bedrijfsjuristen, overheidsjuristen, rechtshulpverleners van rechtsbijstandverzekeraars, juristen bij een ideële stichting en ten slotte juristen werkzaam bij een bureau voor rechtshulp. Zie Gunst & Bruinsma 2002, p. 9.

287. Verordening van 27 november 1996, *Stcrt.* 1996, 239.

Voordat deze verordening gold, konden advocaten dus nog niet in loondienst werken bij een rechtsbijstandverzekeraar. De NOvA overwoog dat zij bereid was om juristen in dienst van rechtsbijstandverzekeraars en schaderegelingskantoren toe te laten tot de balie, mits de belangen van verzekerden voldoende gewaarborgd zijn door middel van het verlenen van een vrije advocaatkeuze.<sup>288</sup> Derhalve is de advocaat in dienstbetrekking bij een rechtsbijstandverzekeraar of schaderegelingskantoor persoonlijk steeds gehouden verzekerde te wijzen op het recht van vrije advocaatkeuze. De Verordening op de praktijkuitoefening in dienstbetrekking bepaalde derhalve aanvankelijk:

‘De praktijkuitoefening in dienstbetrekking bij een werkgever als bedoeld in het eerste lid onder e is bovendien slechts toegestaan wanneer zij geschiedt ten behoeve van die werkgever of de bij die werkgever verzekerden, in het laatste geval echter uitsluitend zolang de werkgever de bij hem verzekerden het recht heeft verleend van vrije keuze van advocaat telkens wanneer in het kader van een redelijkerwijs te verwachten procedure rechtsbijstand geboden is, ongeacht of de gekozen advocaat binnen of buiten de organisatie van de werkgever werkzaam is.’<sup>289</sup>

Daarom treft de NOvA toe:

‘In lid 4 is een extra garantie geschapen met betrekking tot de praktijkuitoefening in dienstbetrekking bij een rechtsbijstandverzekeringsmaatschappij ten behoeve van de bij die werkgever verzekerde, namelijk de in de polis te waarborgen vrijheid van de verzekerde een andere raadsman in te schakelen. In dit verband zij ook verwezen naar hetgeen daarover uit het rapport van de werkgroep Cohen wordt geciteerd op pagina’s 3 en 4 van de algemene toelichting. De keuzevrijheid dient te ontstaan op het moment dat in het kader van een procedure, of in een situatie waarin een procedure redelijkerwijs te verwachten is, rechtsbijstand geboden is. Of die procedure valt binnen de verplichte procesvertegenwoordiging door een procureur of daarbuiten doet in dit verband niet ter zake.’<sup>290</sup>

Daarmee volgde de NOvA tenminste de contouren van het uitgangspunt van de Commissie Cohen die ten aanzien de rechtsbijstandverzekering overwoog:

‘dat niet op voorhand sprake is van paralleliteit van belangen van verzekeraars en verzekerden. Aan de ene kant moet de handelende jurist van de verzekeraar erop toezien dat de rechten van de verzekerde worden gewaarborgd (hetgeen een tendens naar kostenverhoging kan opleveren), terwijl hij aan de andere kant ook medeverantwoordelijk is voor het streven van het verzekeringsbedrijf naar continuïteit van de bedrijfsvoering

288. Zie Verordening op de praktijkuitoefening in dienstbetrekking, toelichting van 11 november 1996.

289. Zie Hesemans 2009, p. 293.

290. Idem Hesemans 2009, p. 293.

door kostenbeheersing. Conflictsituaties kunnen zich in een dergelijk spanningsveld voordoen.<sup>291</sup>

De Commissie Cohen overwoog daarenboven dat verzekerden in geval van een gerechtelijke of administratieve procedure steeds een vrije advocaatkeuze toekwam ongeacht of de rechtsbijstand wordt geleverd door medewerkers van de rechtsbijstandverzekeraars of niet. Derhalve kwam de Commissie Cohen ter zake tot een andere interpretatie dan door mij hiervoor uitgewerkt in hoofdstuk 6 en paragraaf 7.2:

‘Immers: noch in de richtlijn, noch in art. 60 van genoemde wet, is het van belang of verzekeraars al dan niet advocaten in eigen dienst hebben. De werkgroep heeft daarbij vastgesteld dat volgens de memorie van antwoord bij art. 60 de vrije keuze van een raadsman zich ook uitstrekt tot die gerechtelijke en administratieve procedures waarbij de wet geen bijstand van een advocaat voorschrijft.’<sup>292</sup>

Uit het voorgaande vloeide voort dat in de Verordening op de praktijkuitoefening in dienstbetrekking voor rechtsbijstandverzekeraars twee knelpunten besloten lagen, namelijk enerzijds het ruime aanvangscriterium ‘telkens wanneer in het kader van een redelijkerwijs te verwachten procedure rechtsbijstand geboden is’ en anderzijds het vereiste dat de vrije advocaatkeuze moest worden verleend ‘ongeacht of de gekozen advocaat binnen of buiten de organisatie van de werkgever werkzaam is’.

De toenmalige Minister van Justitie heeft destijds van haar bevoegdheid gebruikgemaakt om deze bepaling te schorsen, zulks naar aanleiding van een verzoek van het Verbond van Verzekeraars tot vernietiging van deze specifieke voorwaarde omtrent het recht van vrije advocaatkeuze.<sup>293</sup> De NOvA kwam daarop met een gewijzigde redactie van de verordening, artikel 3 lid 4, bepalende dat verzekerden de keuzevrijheid moest worden verleend door de advocaat in loondienst ‘telkens wanneer een advocaat wordt ingeschakeld, ongeacht of de gekozen advocaat binnen of buiten de organisatie van de werkgever werkzaam is’ (derhalve ook buiten rechte). Deze redactie stuitte ook op verzet van de branche van rechtsbijstandverzekeraars.<sup>294</sup> De NOvA vond daarin aanleiding om de verordening verdergaand te wijzigen. Per 1 april 2004 luidde de verordening ter zake het criterium van verlening van de vrije advocaatkeuze door de advocaat in loondienst bij een schaderegelingskantoor of rechtsbijstandverzekeraar:

291. Zie Hesemans 2009, p. 285.

292. Idem Hesemans 2009, p. 285. Zoals ik hiervoor beschreef in paragraaf 7.2 kan uit de toelichting van de regering dat in iedere gerechtelijke en administratieve procedure de vrije advocaatkeuze van toepassing is, niet worden afgeleid dat ook steeds de vrije advocaatkeuze zal gelden. Ik gaf daarbij immers aan dat wel steeds het vrije keuzerecht geldt indien in een dergelijke procedure een (externe) advocaat of andere rechtshulpverlener wordt gevraagd om op te treden. Indien een dergelijk besluit tot uitbesteding echter niet plaatsvindt, geldt ook geen vrije advocaatkeuze. Ten minste uit de parlementaire stukken kan een dergelijk standpunt niet worden afgeleid.

293. Hesemans 2009, p. 294. Zie ook Gunst & Bruinsma, p. 12-13.

294. Zie Gunst & Bruinsma, p. 49-50 met literatuurverwijzing.

‘Artikel 3, vierde lid

a. De praktijkuitoefening in dienstbetrekking bij een werkgever als bedoeld in het eerste lid onder e is bovendien slechts toegestaan wanneer zij geschiedt ten behoeve van die werkgever of de bij die werkgever verzekerden, in het laatste geval echter uitsluitend zolang het de verzekerde in ieder geval vrij staat een advocaat van zijn keuze aan te wijzen zodra een advocaat wordt verzocht de belangen van de verzekerde in een gerechtelijke of administratieve procedure te verdedigen, te vertegenwoordigen of te behartigen, ongeacht of de gekozen advocaat binnen of buiten de organisatie van de werkgever werkzaam is.

b. De vrije advocaatkeuze als bedoeld in het vierde lid onder a, wordt door de advocaat schriftelijk aan de cliënt bevestigd òf met de als bijlage A aan deze verordening gehechte vergewisverklaring òf met een bevestiging van gelijke strekking.<sup>295</sup>

De reikwijdte van het hier vastgelegde recht van vrije advocaatkeuze, gericht tot advocaten in loondienst van de rechtsbijstandverzekeraar of het schaderegelingskantoor, wijkt desalniettemin af van de hiervoor in paragraaf 7.2 uiteengezette zienswijze van de regering. In dat verband lichtte de regering immers toe dat het recht van vrije advocaatkeuze in de regel pas aan de orde was als er sprake was van het procesmonopolie of wanneer de maatschappij zelf niet de vereiste deskundigheid bezat. De inhoud van de nieuwe bepaling van de verordening wijkt op dit punt dus af, waar de advocaat in loondienst op het recht van vrije advocaatkeuze moet wijzen als hij de rechtszaak in behandeling neemt, terwijl de zaak intern bij verzekeraar of het schaderegelingskantoor blijft. Sinds het wijzen van het *Snel-ler*-arrest is deze discrepantie opgeheven aangezien nu niet meer beslissend is of het dossier van verzekerde in het kader van de procedure intern blijft of extern gaat.

Per 1 januari 2015 is de voornoemde Verordening op de praktijkuitoefening in dienstbetrekking, met regelgeving omtrent de advocaat in loondienst van een rechtsbijstandverzekeraar of schaderegelingskantoor, samen met andere verordeningen opgegaan in de Verordening op de advocatuur.<sup>296</sup> De regelgeving met betrekking tot de advocaat in loondienst van een rechtsbijstandverzekeraar of schaderegelingskantoor is daarin vervat in artikel 5.9 en 5.11. Artikel 5.11 borgt dat de advocaat in loondienst van een rechtsbijstandverzekeraar of schaderegelingskantoor verzekerden een vrije advocaatkeuze verleent:

‘Artikel 5.11 Verzekerde rechtsbijstand

1. De advocaat in dienst van een werkgever als bedoeld in artikel 5.9, onderdeel e, kan uitsluitend optreden in die hoedanigheid ten behoeve

295. Zie *Stcrt.* 2004, 65 met bijbehorende toelichting van de NOV.A.

296. *Stcrt.* 2014, 36091.

van de werkgever of bij die werkgever verzekerden.

2. Indien de advocaat, bedoeld in het eerste lid, wordt verzocht de belangen van de verzekerde in een gerechtelijke of administratieve procedure te verdedigen, te vertegenwoordigen of te behartigen biedt hij de verzekerde de keuze de behartiging van zijn belangen toe te vertrouwen aan een advocaat of een andere rechtens bevoegde deskundige van zijn keuze.'

De advocaat staat ingevolge van de verordening derhalve in voor het verlenen van een recht van vrije advocaatkeuze aan verzekerden. De tekst van deze bepaling sluit aan bij de tekst van artikel 4:67 Wft zoals het luidde vóór 1 januari 2015, in het licht van de in het *Sneller*-arrest gegeven (ruime) uitleg.

## 7.5 Conclusie

Richtlijn 87/344/EEG is in Nederland in 1990 geïmplementeerd in de Wtv. De wetgever heeft rechtsbijstandverzekeraar daarbij ruimschoots de keuze gelaten voor de wijze van inrichting van de schaderegeling. Een uitzondering is het gescheiden beheer, dat niet is toegelaten voor multibranche verzekeringsmaatschappijen omdat de vrees bestond dat daarmee niet voldoende waarborgen geboden konden worden voor ongewenste informatieoverdracht binnen de verzekeringsmaatschappij. De Nederlandse wetgever heeft over het algemeen de structuur van Richtlijn 87/344/EEG nauwgezet gevolgd. Daarenboven lijkt de Nederlandse regering bij implementatie voorop te hebben gesteld dat rechtshulp in natura door of krachtens de verzekeringsmaatschappij met voldoende waarborgen is omgeven. Het schaderegelingskantoor, van Nederlandse origine, heeft in de parlementaire behandeling bijzondere aandacht gekregen.

De Nederlandse regering heeft niet exact toegelicht hoe de begrippen van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG, omgezet in artikel 26c Wtv, moeten worden opgevat. De regering heeft evenwel benadrukt dat de verzekeraar bepaalt wanneer de vrije advocaatkeuze aan de orde is en dat bij verschil van inzicht op dat punt verzekerde een second opinion kan verkrijgen met de geschillenregeling. De regering lichtte de werking van de vrije advocaatkeuze het meest treffend toe waar zij aangaf dat de vrije advocaatkeuze over het algemeen eerst aan de orde is als de verzekeraar wordt geconfronteerd met het procesmonopolie of wanneer zij niet beschikt over medewerkers met het relevante specialisme. Daarmee kan mijns inziens niet anders worden begrepen dan dat de regering uitging van een beperkte vrije advocaatkeuze, met de voorwaarde dat eerst sprake moet zijn van een besluit tot inschakeling van een externe advocaat of andere rechtens bevoegde deskundige. Met het laatstgenoemde begrip, de rechtens bevoegde deskundige, doelde de regering op de ruime mogelijkheden van processuele bijstand in Nederland, waarbij soms eenieder bevoegd is om voor een ander op te treden in een procedure. Resumerend kan hier worden gezegd dat de visie van de regering uitging van een beperkt recht van vrije advocaatkeuze, rechtdoend aan het belang van kostenbeheersing van de verzekeraar. Dit standpunt sluit ook aan bij de stellingname van lidstaat Nederland in de Raad van de EEG ten aanzien van Richtlijn 87/344/EEG, zoals kenbaar uit de notulen van de Groep Economische Vraagstukken.



De wetgeving omtrent het vrije advocaatkeuzerecht is er evenwel niet duidelijker op geworden sinds per 1 januari 2015 de vigerende wetgeving is gewijzigd. Artikel 4:67 Wft omschrijft naar aanleiding van het arrest *Sneller* een ruimer recht van vrije advocaatkeuze ter zake gerechtelijke en administratieve procedures. Echter de bepaling lijkt te ongeclausuleerd. Zonder nadere afbakening van het moment dat verzekerde zijn aanspraken ter zake het recht van vrije advocaatkeuze geldend kan maken, dreigt het primaat van de rechtsbijstandverzekeraar in de rechtsbijstandverzekeraar geheel te worden ondergraven. Dit heeft onwenselijke consequenties. Men bedenke zich dat in de rechtsbijstandverzekering voor de rechtsbijstandverzekeraar een taak is weggelegd om te controleren op polisdekking, een haalbaarheidsanalyse te maken en ten slotte te bezien of de zaak in der minne kan worden geregeld. Eerst als het dossier procesrijp is, is het opportuun een procedure te voeren.

Voor de rechtsbijstandverzekering is voorts een belangrijk gegeven dat verzekeraars gezien het bestaan van het procesmonopolie afhankelijk zijn van de advocatuur. Het procesmonopolie behelst dat in de meeste strafrechtelijke en veel civiele procedures bijstand slechts kan worden geleverd door een advocaat. Dit heeft rechtsbijstandverzekeraars bewogen om op grote schaal prijs- en afzetafspraken te maken met de advocatuur om daarmee de (externe) kosten te kunnen incalculeren.

De mogelijkheden voor rechtsbijstandverzekeraars en schaderegelingskantoren om rechtsbijstand te verlenen in die procedures waarop het procesmonopolie van toepassing is, zijn op 1 mei 1997 door middel van een verordening van de NOvA in theorie sterk uitgebreid. Sindsdien kunnen ook medewerkers van rechtsbijstandverzekeraars en schaderegelingskantoren toetreden tot de balie en kunnen advocaten in dienst treden bij deze organisaties. Dit heeft echter niet voor een omwenteling gezorgd voor de praktijk van rechtsbijstandverzekeraars. De NOvA heeft strikte voorwaarden verbonden aan het dienstverband van de advocaat voor de rechtsbijstandverzekeraar of het schaderegelingskantoor. Als regel moet deze advocaat verzekerde wijzen op de toepassing van het recht van vrije advocaatkeuze. Dit was voor rechtsbijstandverzekeraar bezwaarlijk aangezien de NOvA uitging van een ruimer keuzerecht dan de wet voorschreef. Inmiddels loopt dit ingevolge de verordening te verlenen vrije advocaatkeuzerecht parallel met vigerende uitleg van het recht van vrije advocaatkeuze, geschoeid op de leest van de *Sneller*-uitspraak: de advocaat moet verzekerde het keuzerecht voorleggen op het moment dat hij een gerechtelijke of administratieve procedure moet gaan voeren voor verzekerde. Daarom zouden in principe de praktische bezwaren van rechtsbijstandverzekeraars en schaderegelingskantoren om geen advocaten in dienst te nemen voor bijstand aan verzekerden moeten zijn weggenomen.

## Hoofdstuk 8

# Europese en Nederlandse jurisprudentie omtrent het recht van vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG

### 8.1 Inleiding

In dit hoofdstuk sta ik, na de relevante Europese en nationale wet- en regelgeving te hebben besproken, stil bij Europese en nationale jurisprudentie inzake het vrije advocaatkeuzerecht van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG. Deze jurisprudentie is in dit onderzoek zonder meer van belang. De omwenteling in de Nederlandse praktijk van rechtsbijstandverzekeraars wat betreft het recht van vrije advocaatkeuze is immers ingegeven door de jurisprudentie, Europese jurisprudentie in het bijzonder. Uit Europese rechtspraak, het arrest *Eschig* (2009), volgde namelijk een eerste aanwijzing dat het HvJ EU een andere opvatting van het recht van vrije advocaatkeuze heeft dan in Nederland werd gedacht. Dit arrest leidde er dan ook toe dat uitvoering die Nederlandse rechtsbijstandverzekeraars aan de vrije advocaatkeuze gaven in twijfel werd getrokken.<sup>297</sup>

Ik duid hier de Europese rechtspraak die met het arrest *Eschig* tot stand kwam aan als een drieluik. Het arrest *Sneller* (2013) vormde in lijn met de twee daaraan voorafgaande arresten, *Eschig* (2009) en *Stark* (2011), het sluitstuk. Waar het HvJ EU in het arrest *Eschig* de systematiek rondom het recht van vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG had geschetst en in *Stark* een afbakening van het artikel had gegeven, ging het hof in het *Sneller*-arrest in op de inhoud van de bepaling. Het HvJ EU heeft in het *Sneller*-arrest een oordeel gegeven over de voorwaarden van intreding van het recht van vrije advocaatkeuze in artikel 4 lid 1 Richtlijn 87/344/EEG.

In dit hoofdstuk zal ik aandacht schenken aan de stand van zaken in de jurisprudentie vóór en na het belangrijke *Sneller*-arrest. Aan de hand van jurisprudentie voor het wijzen van het *Sneller*-arrest is op te maken hoe in het verleden invulling werd gegeven aan het veel strikter uitgelegde criterium van het recht van vrije advocaatkeuze, waarbij beslissend was dat eerst door verzekeraar en verzekerde een besluit wordt genomen om een (externe) advocaat in te schakelen.

Zonder meer interessant zijn verder de diverse nieuwe rechtsvragen die het arrest van het HvJ EU inzake *Sneller* oproept, waaruit vervolgens weer nieuwe prejudiciële

297. Zie o.a. AM Signalen 21 januari 2011, MR Online 13 mei 2014, 'Steeds meer rechtsbijstandverzekeraars frustreren vrije advocaatkeuze' (<http://www.mr-online.nl/>); Advocatie 22 februari 2012, 'Weer nederlaag voor voorvechters vrije advocaatkeuze' (<http://www.advocatie.nl/>); Advocatie 14 januari 2015, 'Weer vragen over vrije advocaatkeuze naar Europese Hof van Justitie' (<http://www.advocatie.nl/>); *Aanhangsel Handelingen* 2011/12, 320, antwoord van de Minister van Veiligheid en Justitie Opstellen op Kamervragen omtrent de vrije advocaatkeuze en rechtsbijstandverzekeringen; uitzending *Tros Radar* van 24 mei 2010 met een item gewijd aan de vrije advocaatkeuze en rechtsbijstandverzekeringen (reeds genoemd in noot 1).

vragen uit zijn voortgevloeid en ter beantwoording voorgelegd aan het hof. Uit deze gang van zaken blijkt dat de praktijk van Nederlandse rechtsbijstandverzekeraars volop in beweging is. Het is sinds de verruimde uitleg van het recht van vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG zoeken naar een nieuwe balans.

Een belangrijke plaats nemen in dit hoofdstuk in de vele uitspraken gewezen door de klachteninstituten. Tot 1 januari 2008 werden tuchtrechtelijke geschillen aangaande het verzekeringsbedrijf door de Raad van Toezicht Verzekeringen behandeld. De tuchtrechtelijke toezichtstaken zijn vanaf deze datum overgenomen door de Tuchtraad Financiële Dienstverlening.<sup>298</sup> Tuchtrechtelijk werd door de Raad van Toezicht en wordt inmiddels door de Tuchtraad Financiële Dienstverlening in klachten van consumenten en bedrijven getoetst of de goede naam en faam van (o.a.) het verzekeringsbedrijf is geschaad. Aparte vermelding daarbij behoeft de jurisprudentie van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening en Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening, organen van het Kifid, een op grond van artikel 4:17 lid 1 onder b Wft aangewezen orgaan ter beslechting van consumentengeschillen met onder meer financiële dienstverleners.<sup>299</sup> De te bespreken jurisprudentie van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening en Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening betreft, anders dan de voornoemde tuchtraaden, geschilbeslechting en geen tuchtrechtelijke toetsing.

In dit hoofdstuk bespreek ik hoofdzakelijk in chronologische volgorde de Nederlandse en Europese rechtspraak omtrent het recht op vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG. Ik vang daarbij in paragraaf 8.2 aan met het bespreken van de jurisprudentie gewezen onder het oude regime, toen nog een beperkte interpretatie van het recht van vrije advocaatkeuze vigeerde. In paragraaf 8.3 bespreek ik ter voorbereiding op de analyse van de Europese rechtspraak de interpretatiemethoden die het HvJ EU regelmatig toepast. Vervolgens bespreek ik in paragraaf 8.4 de Europese jurisprudentie welke aanleiding gaf voor de rechtsvraag die in het arrest *Sneller* werd gesteld. In paragraaf 8.5 komt het procesverloop in de nationale procedures van de zaak *Sneller* aan bod. Paragraaf 8.6 is gereserveerd voor het arrest *Sneller* van het HvJ EU. Vervolgens geef ik in paragraaf 8.7 een diepgaande analyse van het arrest, waarbij ik het in een breder perspectief van andere Europeesrechtelijke vrijheden plaats (namelijk de keuzevrijheid onder de gefinancierde rechtshulp en de vrije artsenkeuze). In paragraaf 8.8 sta ik stil bij jurisprudentie sinds het *Sneller*-arrest, waarbij de nieuwe lijn is opgevolgd. Deze jurisprudentie van het HvJ EU leidde weer tot nieuwe rechtsvragen, hetgeen ik bespreek in paragraaf 8.9. In paragraaf 8.10 bespreek ten slotte de balans, waarbij ik in ga op de gevolgen van de verruimde advocaatkeuze op de dekking onder de rechtsbijstandverzekering.

298. AMweb, persbericht van 10 april 2008 ([www.amweb.nl](http://www.amweb.nl)).

299. Zie ook Hellegers 2009, p. 1.

## 8.2 Nederlandse jurisprudentie inzake de vrije advocaatkeuze vóór de Europese rechtspraak inzake *Sneller*

Veel rechtspraak van de burgerlijke rechter omtrent het recht van vrije advocaatkeuze van artikel 4:67 lid 1 onder a Wft (en daarvoor artikel 60 lid 1 onder a WTV 1993) van vóór de Europese arresten inzake de vrije advocaatkeuze heb ik niet kunnen aantreffen. De gerechtelijke uitspraken dateren uit de periode sinds het wijzen van het *Eschig*-arrest door het HvJ EU in 2009. Wel zijn er legio uitspraken van de Raad van Toezicht en de Geschillencommissie van het Kifid van voor die periode. Ik bespreek hier een aantal relevante uitspraken.

De oudste uitspraken over het recht van vrije advocaatkeuze die ik aantrof, zijn van begin 2000 en gewezen door de Raad van Toezicht. Een van deze eerdere uitspraken bevestigt de lijn die ik in hoofdstuk 7 besprak aan de hand van het door de Nederlandse regering ingenomen standpunt dat de rechtsbijstandverzekering primair een naturaverzekering is. De Raad van Toezicht overwoog in een uitspraak van 2001:

‘Uitgangspunt van de onderhavige verzekering, zoals vermeld in het hiervoor onder Inleiding geciteerde artikel 3.1 van de verzekeringsvoorwaarden is — kort gezegd — dat de verzekerde rechtsbijstand wordt verleend door deskundigen van verzekeraar zelf. Daarin ligt tevens besloten dat verzekeraar niet akkoord behoeft te gaan met externe kosten waarop hij geen invloed heeft kunnen uitoefenen. Bijzondere omstandigheden die dit alles in het onderhavige geval anders zouden maken zijn noch door klager aangevoerd, noch gebleken. Door genoemd standpunt in te nemen heeft verzekeraar de goede naam van het verzekeringbedrijf niet geschaad, zodat dit onderdeel van de klacht ongegrond is.’<sup>300</sup>

Uitgangspunt is in Nederland aldus rechtsbijstand in natura, door medewerkers van de rechtsbijstandverzekeraar of het schaderegelingskantoor. Aanvankelijk heeft de rechtsbijstandverzekeraar of het schaderegelingskantoor derhalve de regie in de dossierbehandeling. De Raad benoemt evenwel bijzondere omstandigheden die kunnen maken dat kosten van de door verzekerde gekozen advocaat moeten worden vergoed. In een uitspraak uit 2007 bevestigde de Raad ook dat in twee gevallen het vrije advocaatkeuzerecht van (destijds) artikel 60 WTV gold, namelijk het geval van het *belangenconflict* en dat waar sprake is van een procedure met *verplichte bijstand*:

‘1. Bij een rechtsbijstandverzekering is het uitgangspunt dat de verzekeraar in beginsel zelf de gevraagde rechtsbijstand verleent. Verder staat het de verzekeraar in beginsel vrij om, bijvoorbeeld wegens de moeilijkheid van de zaak of wegens capaciteitsproblemen, de gevraagde rechtsbijstand niet zelf te verlenen maar over te laten aan een door hem ingeschakelde advocaat of andere deskundige.

300. RvT 2001/10 Rbs. In dezelfde zin: RvT 2002/019 Rbs.

2. Uitzonderingen op deze uitgangspunten zijn in de rechtsbijstandverzekering van klaagster voorzien in de hierboven onder 'Inleiding' geciteerde artikelen 6 en 10. De Raad heeft geen aanleiding te oordelen dat deze artikelen, die zijn gebaseerd op de WTV 1993, niet voldoen aan de door deze wet geëiste waarborgen. Verzekeraar kan in redelijkheid het standpunt innemen dat de twee in artikel 6 van de verzekeringsvoorwaarden bedoelde gevallen waarin de verzekerde vrij is in de keuze van de advocaat, zich in het geval van klaagster niet voordoen. Verzekeraar kan eveneens in redelijkheid het standpunt innemen dat geen sprake is van het in artikel 10 van de verzekeringsvoorwaarden bedoelde geval dat een verzekerde met de stichting van mening verschilt over de vraag of het door de verzekerde beoogde resultaat met een redelijke kans van slagen bereikt kan worden. Voorts vindt, anders dan klaagster meent, het door haar verdedigde algemene beginsel van vrije advocatenkeuze bij rechtsbijstandverzekeringen geen steun in de door haar genoemde uitspraken Nrs. 2005/006 Rbs en 2005/066 Rbs. Tenslotte is hetgeen klaagster aanvoert ten betoge dat verzekeraar zich in dit geval op grond van de redelijkheid en billijkheid niet mocht beroepen op artikel 6 van de polis, daartoe onvoldoende.<sup>301</sup>

In recentere jurisprudentie van de Geschillencommissie van het Kifid wordt dit 'in beginsel natura' karakter van de rechtsbijstandverzekering onderstreept:

'Voorop staat dat op grond van artikel 3.4 van de polisvoorwaarden als uitgangspunt heeft te gelden dat de rechtsbijstand wordt verleend door een van de medewerkers van Aangeslotene, dit tenzij Aangeslotene voorstelt om voor de behandeling van de zaak een externe advocaat in te schakelen en de verzekerde met dat voorstel instemt. De onderhavige verzekering betreft aldus een zogenoemde "naturaverzekering".<sup>302</sup>

Uit de hiervoor genoemde uitspraak van de Raad van Toezicht van 2007 volgt dat het de rechtsbijstandverzekeraar onder het oude recht ook was toegestaan om de zaak aan een netwerkadvoocaat over te dragen *zonder* toepassing van de vrije advocatenkeuze.<sup>303</sup> De verzekeraar diende alsdan de wettelijke criteria, destijds vervat in artikel 60 Wtv 1993 in ogenschouw te nemen. Derhalve had verzekerde, ook bij overdracht van de behandeling aan een netwerkadvoocaat, pas een vrije advocaat-

301. RvT 2007/044 Rbs. De door de onderhavige verzekeraar gehanteerde polisvoorwaarden luiden: 'Wij hebben de uitvoering van de rechtsbijstandverzekering (de rechtshulp) in handen gegeven van (de stichting). Wij garanderen dat (de stichting) haar verplichtingen ingevolge de verzekeringsvoorwaarden nakomt. De specialisten van (de stichting) behartigen de belangen van verzekerden zowel in als buiten een gerechtelijke procedure. (...) Als (de stichting) een advocaat moet inschakelen, is de verzekerde in de volgende twee gevallen vrij in de keuze van de advocaat: - Bij een belangen- tegenstelling; als de verzekerde en de ander met wie hij het geschil heeft, bij ons een rechtsbijstand- verzekering hebben en beiden recht op rechtsbijstand hebben; - Als een gerechtelijke procedure moet worden gevoerd en daarvoor volgens de wet de bijstand van een advocaat verplicht is. In andere situaties dan in deze twee, mag (de stichting) bepalen of zij het geschil laat behandelen door een advocaat, fiscalist of mediator die door (de stichting) wordt gekozen, of door een van haar eigen specialisten.'

302. Kifid GC 2011-90.

303. RvT 2007/044 Rbs.

keuze op het moment van intreden van een gerechtelijke of administratieve procedure, of bij het ontstaan van een belangenconflict.

Ik noem hier een aantal gerechtelijke uitspraken in dezelfde zin omtrent het 'naturakarakter' van de rechtsbijstandverzekering in het licht van de voormalige interpretatie van artikel 4:67 onder a Wft. In een drietal bodemprocedures bij de Rechtbank Amsterdam kwam de rechtbank tot de conclusie dat ondanks dat voor verzekerde een procedure moest worden gevoerd geen aanspraak op het recht van vrije advocaatkeuze van artikel 4:67 onder a Wft bestond.<sup>304</sup> In al deze drie zaken werd door de rechter geoordeeld dat deze bepaling twee cumulatieve voorwaarden kent, namelijk dat ten behoeve van verzekerde een procedure moet worden gevoerd én dat sprake is van een besluit dat de processuele bijstand aan een externe rechtshulpverlener wordt overgedragen. In deze uitspraken wordt telkens gewezen op het primaire naturakarakter van de rechtsbijstandverzekering. Deze uitspraken volgen derhalve de lijn uitgezet door het Hof Amsterdam van 26 juli 2011 in de zaak van rechtsbijstandverzekerde Sneller, welke zaak later uitmondde in het arrest *Sneller* van het HvJ EU. Ik bespreek deze beroepszaak hierna in paragraaf 8.5.

Daarentegen oordeelden de Raad van Toezicht en Geschillencommissie van het Kifid dat er evenwel omstandigheden buiten het wettelijke vrije advocaatkeuzerecht kunnen zijn die rechtsbijstandverzekeraar nopen tot het dragen van de kosten van de door verzekerde gekozen advocaat. In een uitspraak uit 2000 oordeelde de Raad van Toezicht in een zaak van een verzekerde tegen een verzekeringsmaatschappij dat diens trage optreden meebracht dat de maatschappij de vergoeding van kosten van een — zonder toestemming — door verzekerde gekozen advocaat in redelijkheid niet kon weigeren.<sup>305</sup> Een bijzondere rol speelde daarbij dat de rechtsbijstandverzekeraar uiteindelijk een (meer tijdrovende en kostbare) gerechtelijke procedure voorstelde terwijl de advocaat van verzekerde op efficiëntere wijze de zaak had afgehandeld. Hier was de rechtshulpverlening volgens de Raad van Toezicht ondermaats. Op een vergelijkbare wijze legde de Geschillencommissie Kifid in een uitspraak van 2012 de toets aan of de rechtshulpverlening van de rechtsbijstandverzekeraar onvoldoende was geweest of dat er sprake was van een noodsituatie.<sup>306</sup> De commissie had daarvoor reeds geoordeeld dat aan de wettelijke voorwaarden van het recht van vrije advocaatkeuze niet was voldaan. Nu er in deze zaak geen sprake was van slechte rechtshulpverlening noch van een noodsituatie werd het verzoek van de consument tot vergoeding van advocaatkosten door de rechtsbijstandverzekeraar afgewezen. Uit het voorgaande volgt dat er bijzondere omstandigheden kunnen zijn waarin buiten de wettelijke gronden van (huidig) artikel 4:67 Wft een reden kan bestaan voor toewijzing van een vordering tot vergoeding van advocaatkosten.

In het algemeen zal verzekerde een beroep op de geschillenregeling moeten doen wanneer hij meent dat hem ten onrechte de vrije advocaatkeuze wordt onthouden. Aanvankelijk was het doorlopen van de geschillenregeling enkel zinvol als in de

304. Rb. Amsterdam 18 januari 2012, ECLI:RBAMS:2012:BW6659; Rb. Amsterdam 1 februari 2012, ECLI:RBAMS:2012:BV5691; Rb. Amsterdam 13 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX1484.

305. RvT 2000/29 Rbs.

306. Kifid GC 2012-204. Vergelijk ook Kifid GC 2015-047.

relevante te voeren procedure het procesmonopolie van toepassing was. Pas dan was de noodzaak tot het inschakelen van een advocaat immers gegeven. Ook als de rechtsbijstandverzekeraar dan koos voor de inschakeling van een interne advocaat was de betreffende interne advocaat gehouden om in gevolge van de verordening van de NOvA de vrije advocaatkeuze te verlenen (zie paragraaf 7.4.3). Sinds het *Sneller*-arrest heeft een verzekerde goede kansen om een vrije advocaatkeuze te ontlokken met de geschillenregeling. Indien in de geschillenregeling immers wordt geconcludeerd dat rechtsmaatregelen dienen te worden getroffen, brengt dit automatisch mee dat het recht van vrije advocaatkeuze geldt.

Bijzondere aandacht verdient een uitspraak van de Geschillencommissie Kifid uit 2008, nr. 18, omtrent de geschillenregeling en het recht van advocaatkeuze onder het oude recht vóór het arrest *Sneller*.<sup>307</sup> In deze zaak werd de door verzekerde aangezochte advocaat om een advies in de geschillenregeling gevraagd naar aanleiding van een meningsverschil over de haalbaarheid van het dossier van verzekerde. Een behandelaar in dienst van de verzekeringsmaatschappij had tot onvoldoende haalbaarheid geconcludeerd. Nu de advocaat adviseerde om tot dagvaarding over te gaan, stelde de verzekeringsmaatschappij dit advies over gedragslijn in het dossier te volgen en het dossier over te dragen aan een andere behandelaar. Verzekerde wenste de zaak echter voort te zetten met zijn advocaat. De Geschillencommissie oordeelde dat het recht van vrije advocaatkeuze van artikel 4:67 Wft niet van toepassing was — er was geen belangenconflict aanwezig noch sprake van uitbesteding door de verzekeringmaatschappij aan een externe rechtshulpverlener — en dat de bepaling omtrent de geschillenregeling van artikel 4:68 Wft niet meebracht dat verzekerde het dossier kon voortzetten met zijn advocaat, op kosten van de maatschappij. Deze uitspraak bevestigt eens te meer dat bij het aanspannen van een procedure door de rechtsbijstandverzekeraar onder het oude recht geen sprake was van het recht van vrije advocaatkeuze, ook niet nadat de aanzet daartoe door de in de geschillenregeling geconsulteerde (vrije keuze) advocaat is gegeven.

Concluderend kan hier wat betreft de geschillenregeling worden gesteld dat deze onder het oude recht minder aanleiding gaf tot het (aanvangen van het) recht van vrije advocaatkeuze. Dit was pas het geval als er sprake was van een advies tot het treffen van rechtsmaatregelen in een procedure waarin het procesmonopolie van toepassing is.

Voorts is door de Raad van Toezicht reeds in 2005 een belangrijk oordeel geveld in een zaak over het onderscheid dat tussen een netwerkadvoaat en een vrije keuze advocaat. De raad overwoog dat het de rechtsbijstandverzekeraar niet geoorloofd was om een maatregel van financieel-selectieve aard toe te passen, inhoudende dat bij een kostenmaximum van € 12.500 ter zake externe advocaatkosten het meerdere voor eigen rekening van de verzekeringsmaatschappij wordt genomen (slechts) als verzekerde kiest voor een netwerkadvoaat. De raad oordeelde hier dat er sprake was van ongeoorloofde sturing naar een netwerkadvoaat, te meer gezien zijn overweging dat er niet voetstoots van kon worden uitgegaan dat in de meeste zaken dit kostenmaximum van € 12.500 niet wordt overschreden. In een latere

307. Kifid GC 2008-18.

uitspraak van de raad kwam aan bod dat het wel toegelaten was het kostenmaximum van € 12.500 te handhaven wanneer het niet van belang is of de rechtshulp door een netwerkadvocaat of vrije keuze advocaat wordt geleverd.<sup>308</sup> Dat het kostenmaximum wellicht minder snel wordt bereikt bij een netwerkadvocaat, vanwege met deze advocaat gemaakte prijsafspraken, doet daaraan niet af.

Evenwel kwam in een enkele zaak bij de Raad van Toezicht voor dat ondanks de aanwezigheid van een kostenmaximum van € 12.500 het meerdere aan advocaatkosten door de rechtsbijstandverzekeraar moest worden gedragen.<sup>309</sup> In deze zaak was het zo dat de uitbesteding aan een netwerkadvocaat niet ingegeven was door de polisvoorwaarden. Verzekerde had tijdens de behandeling via deze netwerkadvocaat herhaaldelijk de verzekeringsmaatschappij verzocht om de dossierbehandeling terug te nemen. Niet gebleken was dat dit feitelijk onmogelijk was. Uiteindelijk heeft verzekerde een eigen gekozen advocaat ingeschakeld omdat hij meende dat de netwerkadvocaat niet geheel onafhankelijk kon optreden. De Raad oordeelde hier dat de overschrijding van het kostenmaximum van € 3.614,54 door de rechtsbijstandverzekeraar moest worden gedragen, omdat het diens keuze was de zaak in behandeling te geven aan een netwerkadvocaat en deze de zaak niet wilde terugnemen ondanks herhaaldelijk verzoek van verzekerde.

Hier kan evenwel op een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam in andere zin worden gewezen.<sup>310</sup> In de zaak van Rechtbank Amsterdam van 24 juni 2013 was sprake een belangenconflict in de zin van artikel 4:67 lid 1 onder b. Wft (de wederpartij van verzekerde was bij dezelfde rechtsbijstandverzekeraar verzekerd). Verzekerde werd op deze omstandigheid gewezen en de mogelijkheid tot uitbesteding geboden, waar verzekerde gebruik van maakte. Het kostenmaximum van € 12.500 werd daarna overschreden. Ondanks dat deze omstandigheid van het (oneigenlijke) belangenconflict in de risicosfeer van de verzekeraar lag, kwam het meerdere boven het kostenmaximum toch voor rekening van verzekerde. Verzekerde had zelf namelijk gekozen voor uitbesteding en de verzekeraar behoefde de zaak derhalve na overschrijding van het kostenmaximum niet meer terug te nemen.

Bijzondere aandacht verlangen nog de diverse gerechtelijke uitspraken en uitspraken van de Raad van Toezicht en Geschillencommissie omtrent de toepassing van verval-van-recht-bedingen. Ik bespreek deze zaken hierna bij de bespreking van nationale jurisprudentie ná de *Sneller*-uitspraak (paragraaf 8.8.). Verval-van-recht-bedingen hebben voor rechtsbijstandverzekeraar juist sinds het *Sneller*-arrest nieuwe betekenis gekregen als een middel om advocaatkosten te voorkomen of te beperken.

### 8.3 Interpretatiemethoden van het HvJ EU

In de onderstaande paragrafen bespreek ik de Europese arresten inzake het recht van vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG. Voor een goed begrip van de in deze arresten gebruikte interpretatiemethoden van het HvJ

308. RvT 2006/069 Rbs.

309. Kifid GC 2011-57.

310. Rb. Amsterdam 24 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:3592.



EU is het wenselijk de gangbare uitlegmethoden van het HvJ EU van een toelichting te voorzien. Dit geldt te meer nu ik in hoofdstuk 6 ter zake de uitleg van het recht op vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG uitgebreid heb geput uit de zogenoemde travaux préparatoires van de richtlijn, welke wets-historisch gezien van belang zijn voor uitleg. Ik bespreek hier, zonder daarbij volledig te zijn, de meest gangbare uitlegmethoden van het hof.<sup>311</sup>

Het HvJ EU heeft op basis van artikel 19 VEU en 267 VwEU onder meer de bevoegdheid om uitspraken te doen over de uitleg van handelingen van instellingen van de Europese Unie, waaronder gerekend secundaire regelgeving zoals richtlijnen. De nader te bespreken arresten betreffen uitspraken in het kader van prejudiciële procedures waarin vragen van uitleg omtrent dergelijke secundaire Europese regelgeving aan de orde zijn gesteld. De procedure van artikel 267 VwEU tot het voorleggen van prejudiciële vragen door de nationale rechters van de lidstaten houdt echter niet in dat het HvJ EU zich uitspreekt over de toepassing van een regel van communautair recht in het geschil van partijen in de voorliggende nationale procedure, noch spreekt het hof zich uit over de geldigheid van een wet van nationaal recht in het specifieke geval.<sup>312</sup> Arnulf beschrijft de relatie tussen het verwijzende gerecht en het HvJ EU als een coöperatieve, niet-hiërarchische, waarin in de prejudiciële procedure gezamenlijk wordt gezocht naar een oplossing van de casus die harmonieus is met Europees recht. Daarbij dient artikel 267 VwEU het belang van uniforme toepassing van Europees recht.<sup>313</sup>

De bevoegdheidsbepaling van artikel 19 VEU omschrijft in dat verband de ruim afgebakende taak dat het HvJ EU de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van verdragen dient te verzekeren. Het hof heeft herhaaldelijk verstrekende arresten gewezen die ten faveure van de effectiviteit van Europees recht ingrepen op de soevereiniteit van lidstaten.<sup>314</sup> In de literatuur is in dat verband veel discussie gerezen over de vraag of het HvJ EU zich activistisch opstelt door leemtes in te vullen waar de oprichtingsverdragen van de EG en EU ter zake geen concrete grondslag bieden voor communautaire bevoegdheid.<sup>315</sup> Zonder mij in deze discussie te willen mengen, wijs ik erop dat het interpretatiekader dat het HvJ EU hanteert sterk is gegrond op een teleologische of wel meta-teleologische uitlegmethode, waarin de bedoeling achter de relevante voorziening van het gemeenschapsrecht, al dan niet herleid uit een hogere verdrag van primair gemeenschapsrecht (De oprichtingsverdragen), prevaleert.

311. Voor een uitgebreide weergave van uitlegmethoden van het HvJ EU zij verwezen naar Lasok & Millett 2004; Conway 2012, Beck 2013. Lenaerts & Gutiérrez-Fons 2013.

312. Arnulf 2006, p. 96, met verwijzing naar HvJ EG 15 juli 1964, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa v. ENEL*). Lasok & Millett 2004, nr. 308.

313. Arnulf 2006, p. 160. Lasok & Millett 2004, nr. 308.

314. Bijvoorbeeld HvJ EG 5 februari 1963, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend & Loos*), HvJ EG 20 februari 1979, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42 (*Cassis de Dijon*), HvJ EG 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428 (*Francovich*). Zie Conway 2012, p. 188 e.v.

315. Zie Conway 2012, p. 273 e.v. In kritische literatuur is deze beweging van het HvJ EU wel aangeduid als 'rechterlijk activisme', zie het werk van Rasmussen, *On law and policy*, 1986. Het aansprekende voorbeeld is het bevestigen van directe werking van duidelijke en onvoorwaardelijke verdragsbepalingen voor onderdanen van de EG en het daarbij bevestigen van het karakter van een autonome supranationale rechtsorde van de EG.

De voornaamste methode van uitleg van het HvJ EU is aldus de *teleologische* interpretatie,<sup>316</sup> ofwel *meta-teleologische* interpretatiemethode in meer ruime zin geduid. Dit houdt in dat de voorliggende bestreden bepaling wordt uitgelegd aan de hand van de geest en het doel van de voorliggende regelgeving. In het *Van Gend & Loos* (1963)-arrest van het HvJ EU sloeg het hof, met de verwijzing naar de geest, inhoud en bewoordingen ervan, acht op het oprichtingsverdrag en destilleerde daaruit dat het verdrag niet slechts wederzijdse verplichtingen voor de verdragsluitende partijen – de lidstaten – schiep maar ook dat EU-onderdanen een beroep kunnen doen op communautaire regelgeving. De teleologische interpretatiemethode hield hier in dat het hof aan de hand van onder meer de preambule en artikel 19 VEU de bedoeling van het verdrag destilleerde.<sup>317</sup> Aan de hand daarvan gaf het hof een interpretatie van de in de procedure bestreden bepaling.

In meer ruime, meta-teleologische, zin hanteert het hof vaak een pro-integratie gerichte uitleg van gemeenschapsregelgeving.<sup>318</sup> Dit is een ruimere interpretatiemethode van het HvJ EU waarin niet alleen wordt gekeken naar de relevante bepaling en regelgeving die ter beoordeling staat, maar naar het gemeenschapsrecht als geheel, derhalve de communautaire rechtsorde.<sup>319</sup>

In latere arresten van het hof, evenals in de nog te bespreken arresten inzake de vrije advocaatkeuze, wordt daaraan vaak toegevoegd ‘de context’ van de relevante bepaling.<sup>320</sup> Met de context wordt een systematische interpretatie geduid die min of meer onlosmakelijk verbonden is met de teleologische interpretatiemethode. De relevante bepaling van gemeenschapsregelgeving wordt daarbij bezien in de context van de regeling als geheel, om daarna de bedoeling van de bepaling zodanig te herleiden dat deze haar nuttig effect behoudt.<sup>321</sup> De relevante bepaling wordt aldus gelezen in de normatieve context (systematiek) van de regeling en doelstellingen ervan.

Onderdeel van deze systematische en teleologische uitleg is de preambule van de relevante regelgeving. De preambule vervult een duale functie in de zin dat deze enerzijds behulpzaam is bij de uitleg van de relevante bepaling en anderzijds de doelstellingen van de regelgeving duidt.<sup>322</sup> Echter, een bepaling in de preambule vestigt op zichzelf geen rechtsregel.<sup>323</sup> De preambule van een voorziening van gemeenschapsregelgeving is dus slechts instrumenteel. Voor de uitleg van de tekst van de preambule gelden dezelfde maatstaven als voor de bepalingen van de regelgeving zelf.<sup>324</sup>

De teleologische uitlegmethode brengt in bredere zin ook mee dat het hof waar nodig toetst aan hogere regelgeving, verdragen, maar ook aan de grondbeginselen

316. Zie Fennelly 1996, p. 664; Conway 2012, p. 11.

317. HvJ EG 5 februari 1963, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1, p. 23.

318. Zie Conway 2012, p. 22.

319. Zie Maduro 2007, p. 5.

320. Fennelly 1996, p. 664.

321. Lenaerts & Gutiérrez-Fons 2013, p. 25.

322. Lasok & Millett 2004, nr. 663.

323. HvJ EG 13 juli 1989, C-215/88, ECLI:EU:C:1989:331, r.o. 31. Zie ook Lasok & Millett 2004, nr. 664.

324. Lasok & Millett 2004, nr. 665.

van de lidstaten zelf.<sup>325</sup> Dit betekent dus dat het hof een breed referentiekader hanteert bij de uitleg van regelgeving. Dit past in de rol van het hof als waarborg voor de eerbiediging van gemeenschapsrecht maar ook medeverantwoordelijk instituut voor het verder uitwerken van het autonome Europese rechtstelsel. Daarbij moet worden vooropgesteld dat de Europese Unie is gegrondvest aan de hand van oprichtingsverdragen, die slechts in algemene zin beschrijven hoe dat integratiedoelstellingen moeten worden nagestreefd.<sup>326</sup> Zoals hiervoor besproken in verband met het *Van Gend & Loos*-arrest betekent dit dat het hof waar nodig progressief optreedt in het licht van deze missie van de EU en de algemene en abstracte (doelgerichte) bepalingen van primaire EU-regelgeving. Het hof heeft zich daarbij de taak gezien om lacunes in regelgeving te vullen, ook waar politiekgevoelige thema's in regelgeving niet volledig zijn uitgewerkt, bijvoorbeeld om de lidstaten in politieke impasse verkeerden of het pleit bij wijze van compromis werd beslecht in de totstandkoming van regelgeving.<sup>327</sup>

In contrast met de voornoemde, teleologische uitlegmethode staat de *grammaticale* uitleg. De tekst van een bepaling wordt door het hof als vertrekpunt gehanteerd voor interpretatie.<sup>328</sup> Het hof heeft daarbij herhaaldelijk in arresten vastgesteld dat het rechtszekerheidsbeginsel meebrengt dat aansluiting moet worden gezocht bij de gebruikelijke betekenis van de bewoordingen van een bepaling.<sup>329</sup> Dit belet het hof evenwel niet om regelmatig toevlucht te zoeken naar andere interpretatiemethoden, zoals voornamelijk de voornoemde teleologische methode. Derhalve kan de letterlijke betekenis opzij worden gezet, als teleologische methode tot een andere betekenis leidt.<sup>330</sup> Een andere belangrijke omstandigheid die het hof aanzet tot het zoeken van andere (beslissende) interpretatiemethodes is dat er conflicterende of uiteenlopende taalversies bestaan van Europese regelgeving.<sup>331</sup> Ten slotte, en vanzelfsprekend, moet worden gezocht naar andere uitlegmethoden als de relevante tekst onduidelijk is.<sup>332</sup>

Ik bespreek hier ten slotte de *wetshistorische* uitlegmethode. Deze methode richt zich op het totstandkomingsproces van de voorliggende regelgeving. Lasok & Millett beschrijven dat, net als bij de preambule, de wetshistorische interpretatiemethode langs twee wegen behulpzaam kan zijn bij uitleg, namelijk ter opheldering van de relevante bepaling alsook om de doelstellingen van een bepaalde Europeesrechtelijke voorziening te achterhalen.<sup>333</sup> In tegenstelling tot bij primaire regelgeving

325. Maduro 2007, p. 5. Maduro wijst erop dat het Hof, geconfronteerd met de onvolledigheid van – met name hogere – EU-regelgeving terug heeft gegrepen op gemeenschappelijke algemene rechtsbeginselen van de lidstaten, geconfronteerd met lacunes en tegenstrijdigheden. Hij ziet dit als legitimiteit van de Europese rechtsorde – voortvloeiende uit de lidstaten. Bovendien noemt hij dit als een middel ter sociale acceptatie van uitspraken van het Hof, waar de gehanteerde uitlegmethode een voortvloeisel is van nationale grondbeginselen.

326. Lenaerts & Gutiérrez-Fons 2013, p. 24.

327. Maduro 2007, p. 10.

328. Lasok & Millett 2004, nr. 661.

329. Zie HvJ EG 1 oktober 1998, C-209/96, ECLI:EU:C:1998:448, r.o. 35. Zie Lasok & Millett 2004, nr. 661.

330. Zie HvJ EG 6 oktober 1970, C-9/70, ECLI:EU:C:1970:78, r.o. 12-14.

331. Zie Lasok & Millett 2004, nr. 661, HvJ EG 3 maart 1977, C-80/76, ECLI:EU:C:1977:39, r.o. 11.

332. Lasok & Millett 2004, nr. 661.

333. Lasok & Millett 2004, nr. 670.

van de EU<sup>334</sup> (de oprichtingsverdragen) maakt het HvJ EU bij secundaire regelgeving van de EU gebruik van wetshistorische bronnen, ‘travaux préparatoires’.<sup>335</sup> Het hof is echter behoedzaam in het gebruik van travaux préparatoires bij de uitleg van secundaire regelgeving. Ik bespreek hier nog de belangrijkste criteria die het hof hanteert bij het al dan niet gebruiken van travaux préparatoires.

Travaux préparatoires kunnen voor het HvJ EU een rol vervullen, in aanvulling op andere uitlegmethoden, waar een relevante bepaling in gemeenschapsregelgeving ambigue is.<sup>336</sup> Het hof slaat regelmatig acht op richtlijnvoorstellen van de Europese Commissie.<sup>337</sup> Zo ook in de nog te bespreken zaak *Eschig* van het hof, die aanleiding gaf tot het huidige debat over de vrije advocaatkeuze.

Travaux préparatoires kunnen hoofdzakelijk worden gebruikt als ze zijn gepubliceerd, anderszins beschikbaar zijn of wanneer ernaar verwezen wordt in de relevante – te interpreteren – bepaling van de regelgeving.<sup>338</sup> Schönberg & Frick (2003) onderscheiden drie categorieën travaux préparatoires.<sup>339</sup> Van de eerste categorie zijn formele gepubliceerde documenten van de gemeenschapsinstellingen uitgevaardigd nadat het wetgevingsproces is geïnitieerd, waarbij kan worden gedacht aan voorstellen van de Europese Commissie, gemeenschappelijke standpuntbepalingen en resoluties van de Raad en het Europees Parlement. Deze categorie vormt de minst problematische en is voor het HvJ EU – zoals hiervoor genoemd – regelmatig een interpretatiebron. Van de tweede categorie zijn de travaux préparatoires ten tijde van het wetgevingsproces in een vorm welke niet is voorzien in de oprichtingsverdragen. Schönberg en Frick noemen daarbij: standpuntbepalingen van vertegenwoordigers van de lidstaten in de Raad van Ministers, standpunten van de Raad van Ministers zelf of van de Europese Commissie, standpunten van vertegenwoordigers van de lidstaten in COREPER en ten slotte standpunten van de gemeenschapsinstellingen tijdens het wetgevingsproces.<sup>340</sup> Als derde en laatste categorie noemen Schönberg & Frick documentatie voorafgaand aan het wetgevingsproces, maar daarmee wel verband houdend. Gedacht kan worden aan een strategiebepaling van de Raad ten aanzien van wetgevingsacties, Groenboeken en Witboeken van de Europese Commissie, schriftelijke reacties naar aanleiding van vragen van Europarlementariërs, etc.

De in dit onderzoek door mij geraadpleegde travaux préparatoires (zie hoofdstuk 6) behoren van de voornoemde eerste en tweede categorie. Van de voornoemde eerste categorie zijn de in hoofdstuk 5 behandelde gepubliceerde bronnen gepubliceerd via de officiële kanalen als voorzien in de oprichtingsverdragen, derhalve de richtlijnvoorstellen van de Europese Commissie voor Richtlijn 87/344/EEG (ook uitgebreider door mij behandeld in paragraaf 6.2), de resolutie van het Europees

334. Lasok & Millett 2004, nr. 671.

335. Lasok & Millett 2004, nr. 671; Conway 2012, p. 22-25. Zie vooral ook Schönberg & Frick 2003, p. 149-171.

336. Conclusie A-G Tizzano in C-133/00, ECLI:EU:C:2001:254. Dit strookt ook met artikel 32 van het Verdrag van Wenen. Zie ook Miettinen & Kettunen 2015, p. 145-167.

337. Zie Schönberg & Frick 2003, p. 161, met verwijzing naar jurisprudentie van het HvJ EU.

338. Lasok & Millett 2004, nr. 671.

339. Schönberg & Frick 2003, p. 150.

340. Schönberg & Frick 2003, p. 151

Parlement en de gepubliceerde handelingen van het Parlement over de beraadslaging. Maar ook valt te denken aan de gepubliceerde adviezen van het Economisch en Sociaal Comité. Deze categorie is voor het HvJ EU niet problematisch voor de interpretatie van regelgeving.

Anders ligt het bij de tweede categorie travaux préparatoires waaronder in verband met dit onderzoek: de verscheidene notulen van de Groep Economische Vraagstukken en de ad-hoc-raad, alsmede ten slotte de notulen van de ECOFIN Raad. Ik besprak deze bronnen in paragraaf 6.4. Deze documenten zijn in mijn onderzoek onmisbaar om een sluitende analyse te maken van de achtergrond en strekking van het recht van vrije advocaatkeuze. Het gebruik van deze bronnen is voor het hof echter niet onproblematisch.

In een beperkt aantal gevallen besprak het hof *interpreterende verklaringen*, in de vorm van unilaterale of unanieme interpreterende verklaringen van lidstaten (al dan niet daarbij gesteund door de gemeenschapsinstellingen zelf).<sup>341</sup> In het arrest *Antonissen* overwoog het hof aanvankelijk dat interpreterende verklaringen geen rol konden spelen bij de interpretatie van gemeenschapsregelgeving wanneer deze niet zijn opgenomen in de tekst van de regeling:

‘18. Een dergelijke verklaring kan evenwel niet worden gebruikt bij de uitlegging van een bepaling van afgeleid recht wanneer, zoals in het onderhavige geval, de inhoud ervan niet in de tekst van de betrokken bepaling is terug te vinden en dus geen rechtskracht heeft.’<sup>342</sup>

In latere rechtspraak heeft het hof zich coulanter opgesteld.

In *Egle* (1992) heeft het HvJ EG een gemeenschappelijke interpreterende verklaring van de Europese Commissie en Raad van Ministers gebruikt om te oordelen over de reikwijdte van het begrip voltijd studies bij architectuuropleidingen inzake de richtlijn wederzijdse erkenning van diploma's.<sup>343</sup> De interpreterende verklaring diende hier als een hulpmiddel bij interpretatie.<sup>344</sup> In *Generics* (1998) ging het hof zover om een ‘algemeen begrip’ uit een richtlijn toe te lichten aan de hand van een interpreterende verklaring.<sup>345</sup> Bovendien werd in deze zaak door de Europese Commissie en een aantal lidstaten in deze procedure voor het hof gerefereerd aan het bestaan van de interpreterende verklaring.<sup>346</sup>

Interpreterende verklaringen uit het wetgevingsproces kunnen dus ook van betekenis zijn in de rechtspraak van het hof, zij het onder bepaalde voorwaarden. Van belang is kennelijk dat de betreffende verklaring van voldoende gewicht is althans, met andere woorden, draagvlak heeft bij de partijen betrokken bij het wetgevings-

341. Zie Schönberg & Frick 2003, p. 163 e.v. Lasok & Millett 2004, nr. 672.

342. HvJ EG 26 februari 1991, C-292/89, ECLI:EU:C:1991:80, r.o. 18.

343. HvJ EG 21 januari 1992, C-310/90, ECLI:EU:C:1992:27 (*Egle*).

344. Lasok & Millett 2004, nr. 672 (noot 2868).

345. HvJ EG 5 mei 1998, C-386/96, ECLI:EU:C:1998:193, r.o. 26-27. Zie Schönberg & Frick 2003, p. 167 en Conway 2012, p. 255.

346. Zie ook Schönberg & Frick 2003, p. 167.

proces.<sup>347</sup> Voorts geldt dus dat er ofwel naar moet worden verwezen in de tekst van de relevante regelgeving of dat de verklaring moet zijn gekoppeld aan een algemeen begrip in de tekst van de regelgeving. In overige gevallen zal het HvJ EU een interpreterende verklaring slechts gebruiken als extra toelichting, in het geval dat zijn oordeel reeds door andere argumenten gedragen wordt.

Hoewel het HvJ EU zich vroeger conservatief opstelde aangaande de voornoemde travaux préparatoires van de tweede categorie, zoals voorbereidende werkdocumenten en interpreterende verklaringen, zijn er derhalve arresten waar het hof eruit put, zij het als een subsidiaire interpretatiebron. Juridische auteurs signaleren ook een ontwikkeling waarbij deze kenbronnen belangrijker kunnen worden voor de interpretatie door het HvJ EU.<sup>348</sup> Hieronder zal ik de Europese arresten inzake het recht van vrije advocaatkeuze bespreken, waarbij aan bod zal komen dat het hof daarin (vooralsnog) geen gebruik heeft gemaakt van de travaux préparatoires. Dit schuurt mijns inziens met de duidelijke en kenbare bedoelingen van de lidstaten bij het recht van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG: kostenbeheersing, betaalbare premies en eerbiediging van de bestaande gebruiken onder de rechtsbijstandverzekering ten aanzien van het moment van inschakeling van de advocaat. Ik kom hierop terug in paragraaf 8.7.4, wanneer ik de evenredigheid van de vigerende uitleg van het recht van vrije advocaatkeuze bespreek.

#### 8.4 **Europese rechtspraak inzake de vrije advocaatkeuze: de arresten *Eschig, Stark***<sup>349</sup>

##### 8.4.1 ***Eschig* (2009)**<sup>350</sup>

###### 8.4.1.1 *Feitenverloop en oordeel HvJ EU*

De eerste procedure waarin de vrije advocaatkeuze op Europees niveau in het geding was, is de procedure inzake de Oostenrijkse onderdaan *Eschig* tegen diens rechtsbijstandverzekeraar UNIQA. In deze zaak ging het niet zozeer om de norm zelf die in artikel 4 lid 1 sub a Richtlijn 87/344/EEG is gelegen wat betreft het aanvangsmoment van de vrije advocaatkeuze. In de zaak *Eschig* ging het daarentegen om de plaats die artikel 4 lid 1 sub a inneemt binnen de systematiek van de richtlijn en, in het bijzonder, of aan het artikel zelfstandige waarde moet worden toegekend.

*Eschig* was evenals veel anderen gedupeerd geraakt door insolventie van een aantal gelieerde beleggingsmaatschappijen. Daarbij had *Eschig* het initiatief genomen om een advocaat in de arm te nemen en deze gefailleerde maatschappijen als ook de Oostenrijkse staat in een geding te betrekken. UNIQA weigerde de kosten hiervan te dragen en wees *Eschig* op een bepaling uit de rechtsbijstandverzekering die hem

347. Zie Conway 2012, p. 256 en HvJ EG 21 januari 1992, C-310/90, ECLI:EU:C:1992:27 (*Egle*), hiervoor besproken.

348. Arnulf 2006, p. 614-615. Beck 2013, p. 217-219. Zie ook met name Miettinen & Kettunen 2015, p. 145-167.

349. Zie hierover verder Holthinrichs 2013.

350. HvJ EU 10 september 2009, C-199/08, ECLI:EU:C:2009:538.

het recht gaf om bij een massaschade voor zijn verzekerden een advocaat te kiezen voor het voeren van proefprocessen of collectieve acties.

Een belangrijk gegeven was, anders dan in het nog te bespreken arrest *Sneller*, dat tussen Eschig en verzekeraar buiten twijfel stond dat de zaak aan een externe advocaat moest worden uitbesteed. De centrale vraag betrof die of het de rechtsbijstandverzekeraar welke niet opereerde volgens het kostenmodel was toegestaan om de advocaat voor te schrijven vanwege de situatie dat hij meer verzekerden bijstand moet verlenen in vergelijkbare kwesties tegen dezelfde wederpartij. De verzekeraar pleitte voor een uitzondering in geval van massaschades.

Het HvJ EU moest oordelen over de prejudiciële vragen van het Oostenrijkse Oberste Gerichtshof of het een rechtsbijstandverzekeraar is toegestaan zich het recht voor het kiezen van de ‘rechtshulpverlener’ voor te behouden bij massaschades en of dat dit voorbehoud in strijd komt met artikel 4 lid 1 sub a van Richtlijn 87/344/EEG. Volgens het hof betrof het geval van massaschade echter geen nieuw fenomeen waarin de richtlijn niet heeft voorzien.

Eschig, de Oostenrijkse en Tsjechische regering hebben zich in hun schriftelijke opmerkingen in de procedure voor het hof op het standpunt gesteld dat de Richtlijn 87/344/EEG zich verzet tegen een uitleg van een nationale regeling waarbij de rechtsbijstandverzekeraar zich het recht mag voorbehouden om de rechtshulpverlener te kiezen wanneer meerdere verzekerden schade lijden door hetzelfde feit. Zij wezen daartoe op een *algemene strekking* van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG, met een bijzondere garantie voor verzekerden, los van het doel om belangenconflicten te voorkomen of op te heffen.<sup>351</sup>

UNIQA, gesteund door de Europese Commissie, heeft daarentegen naar voren gebracht dat artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG geen autonoom recht bevat maar dat het keuzerecht kan worden ingeperkt, bijvoorbeeld in de situatie van een massaschade.<sup>352</sup> Volgens UNIQA en de Commissie heeft artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG *geen zelfstandige werking*, maar is het afhankelijk gesteld van de vraag of de verzekeraar opereert volgens het systeem van artikel 3 lid 2 onder c Richtlijn 87/344/EEG, de kostenverzekering.

Ter onderbouwing van dit standpunt wees de Commissie erop dat indien artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG van algemene strekking is, en derhalve van toepassing ongeacht het gekozen model van artikel 3 lid 2 van de richtlijn, de modellen van artikel 3 lid 2 onder a (gescheiden beheer) en artikel 3 lid 2 onder b (uitbesteding aan het schaderegelingskantoor) zonder werking blijven, daar 3 lid 2 onder c steeds

351. Zie HvJ EU (*Eschig/UNIQA*), r.o. 27-28. De cruciale vraag daarbij is mijns inziens of met de zinsnede *los van het doel om belangenconflicten te voorkomen* door hen bedoeld wordt dat dit doel geen of geen overwegende rol heeft gespeeld of dat het recht van vrije advocaatkeuze hier niet afhankelijk is van de vraag of in het concrete geval tegen een belangenconflict wordt beschermd. De eerstgenoemde uitleg is blijkens mijn eerdere bevindingen in de voorgaande hoofdstukken onjuist maar de tweede lijkt mij juist: de bepaling heeft een algemene werking.

352. HvJ EU *Eschig/UNIQA*, r.o. 31. Zij slaan daarbij acht op het doel en de context van Richtlijn 87/344/EEG en op de artikelen 4, lid 1, sub a, 3, lid 2, en 5 van deze richtlijn, in hun onderling verband beschouwd in het licht van de considerans van de richtlijn.

toegepast zou worden.<sup>353</sup> UNIQA voegde daaraan toe dat in de elfde overweging van de preambule van Richtlijn 87/344/EEG het vrije advocatkeuzerecht wordt gekoppeld aan het belangenconflict ('telkens wanneer er zich een belangenconflict voordoet').<sup>354</sup> Op basis van een a-contrarioredenering geldt aldus UNIQA geen recht op een keuze van rechtshulpverlener wanneer er geen belangenconflict bestaat.

Het HvJ EU heeft met verwijzing naar vaste jurisprudentie een teleologische-systeematische uitleg gekozen, waarbij niet enkel acht wordt geslagen op de bewoordingen van de richtlijn maar met name ook op de context en doelstellingen ervan.<sup>355</sup> In dat licht heeft het hof gekeken naar de twee in de preambule genoemde doelstellingen, vrijheid van vestiging voor verzekeringsmaatschappijen en anderzijds de belangen van verzekerden te beschermen door *met name* eventuele belangenconflicten zoveel mogelijk te voorkomen en de oplossing van geschillen tussen verzekeraars en verzekerden mogelijk te maken.<sup>356</sup>

Het HvJ EU komt daarmee tot de conclusie dat het recht van de artikelen 4, 6 en 7 Richtlijn 87/344/EEG *verzekerden ruim beogen te beschermen*, zonder dat er sprake hoeft te zijn van een belangenconflict in de zin van de richtlijn.<sup>357</sup> Zodoende komt het hof tot het oordeel dat verzekerde een *autonoom recht* is verleend om zijn rechtshulpverlener vrijelijk te kiezen.<sup>358</sup> In het bijzonder overweegt het hof:

'Zo verleent in de eerste plaats artikel 4, lid 1, van richtlijn 87/344 aan de verzekerde het recht om zijn rechtshulpverlener te kiezen, maar beperkt het dit recht tot gerechtelijke of administratieve procedures, behoudens in gevallen waarin zich een belangenconflict voordoet. Het gebruik van het adjectief "elke" in combinatie met de tijd van het werkwoord "bepalen" wijzen op de algemene strekking en het bindende karakter van deze regel.'<sup>359</sup>

Het betoog van UNIQA, dat aan deze vrije advocatkeuzebepaling enkel beslissende waarde moest worden toegekend als de verzekeraar opteerde voor het kostenmodel,<sup>360</sup> werd daarmee uitdrukkelijk door het hof verworpen. De vrije advocatkeuze van dit artikel geldt, zoals ik eerder ook concludeerde, ongeacht welk organisatie-model van artikel 3 van de richtlijn de verzekeraar hanteert. Het hof onderstreept tegelijkertijd dat artikel 4 lid 1 sub a een minimumgarantiebepaling behelst, welke door alle rechtsbijstandverzekeraars dient te worden gerespecteerd, behoudens de in de richtlijn in artikel 5 beschreven uitzonderingen.

353. HvJ EU (*Eschig/UNIQA*), r.o. 34.

354. HvJ EU (*Eschig/UNIQA*), r.o. 35.

355. HvJ EU (*Eschig/UNIQA*), r.o. 38.

356. HvJ EU (*Eschig/UNIQA*), r.o. 39. Ik heb hier de woorden 'met name' gecursiveerd aangezien dit mogelijk voor het Hof de opmaat bood om tot een ruime uitleg te komen van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG.

357. HvJ EU (*Eschig/UNIQA*), r.o. 45.

358. HvJ EU (*Eschig/UNIQA*), r.o. 46.

359. HvJ EU (*Eschig/UNIQA*), r.o. 47.

360. Waarbij aldus artikel 4 dan een uitwerking is van de organisatorische maatregel artikel 3 lid 2 sub c.



Van bijzonder belang is dat in het arrest wordt erkend dat in de Duitse taalversie van Richtlijn 87/344/EEG in de preambule, overweging 11, een afwijkende formulering was vervat. In de Duitse taalversie van de richtlijn stond namelijk dat verzerken het recht van vrije advocaatkeuze toekwam, ‘und zwar immer’ (telkens) wanneer er een belangenconflict bestaat. In andere taalversies, bijvoorbeeld in de Nederlandse, is ter zake sprake van een nevenschikking met de verwijzing naar gerechtelijke en administratieve procedures (art. 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG) en telkens (‘und zwar immer’) wanneer zich een belangenconflict voordoet (art. 4 lid 1 onder b Richtlijn 87/344/EEG). De Duitse taalversie lezende, zou daarom kunnen worden geconcludeerd dat het recht van vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a afhankelijk is van het bestaan van een belangenconflict, zoals genoemd in artikel 4 lid 1 onder b Richtlijn 87/344/EEG.<sup>361</sup> De onderscheidenlijke bepalingen van artikel 4 lid 1 zouden dan met elkaar in verbinding staan. Het hof verwierp deze redenering met verwijzing naar vaste jurisprudentie en andere taalversies die een andere redactie bevatten.<sup>362</sup>

Een belangrijke, ogenschijnlijk triviale overweging is gelegen in de overwegingen 57 en 58, alwaar het hof overweegt:

‘57. In de derde plaats wijzen noch het oorspronkelijke voorstel van de Commissie voor een richtlijn, noch de andere tot de wetgevingsprocedure behorende documenten, zoals de advocaatgeneraal in punt 73 van haar conclusie heeft opgemerkt, erop dat de gemeenschapswetgever met artikel 4, lid 1, sub a, van richtlijn 87/344 enkel een aanvullend instrument ter vermindering van belangenconflicten en geen zelfstandig recht op keuze van de rechtshulpverlener heeft willen scheppen.

58. Uit de ontstaansgeschiedenis van de richtlijn kan integendeel worden afgeleid dat het oorspronkelijke doel om in alle rechtsbijstandpolissen de vrije keuze van de rechtshulpverlener te garanderen, die niet afhangt van het bestaan van een belangenconflict, is gehandhaafd, zij het beperkt tot gerechtelijke of administratieve procedures.’<sup>363</sup>

Deze overweging is in het licht van mijn eerdere analyses van de ontstaansgeschiedenis van de richtlijn interessant. Het hof geeft hier blijk van een wetshistorische uitlegmethode, acht slaande op de travaux préparatoires van de richtlijn, in dit geval de gepubliceerde bronnen zoals het oorspronkelijke richtlijnvoorstel van de Europese Commissie. Saillant detail in deze zaak is dat nu juist de Europese Commissie in deze rechtszaak een standpunt innam strijdig met haar eigen richtlijnvoorstellen van 1979 en 1982. In paragraaf 6.2 besprak ik immers dat de Commissie wel degelijk de zelfstandige werking van de vrije advocaatkeuzebepaling voor ogen had, onafhankelijk van de vraag of een belangenconflict reeds bestaat. Het ging er de Commissie, zoals ik beschreef, juist om dat moest worden *voorkomen* dat bij inschakeling

361. Volgens de a contratio redenering is er dan geen recht op vrije advocaatkeuze als er geen belangenconflict bestaat.

362. HvJ EU (*Eschig/UNIQA*), r.o. 54-60.

363. HvJ EU (*Eschig/UNIQA*), r.o. 57 en 58.

van de (externe) huisadvocaat van de verzekeringsmaatschappij een belangenconflict aan de dag trad.

Ik vraag mij evenwel af de bovengenoemde passages ten aanzien van de wetsgeschiedenis van Richtlijn 87/344/EEG, rechtsoverwegingen 57 en 58 van het arrest, goed uit de verf komen. Dat het hof hier concludeert dat de vrije advocaatkeuze niet als een aanvullend instrument 'ter vermindering van belangenconflicten' geldt, wringt met de achtergrond van Richtlijn 87/344/EEG, zoals deze kenbaar is uit de richtlijnvoorstellen en de notulen van de Groep Economische Vraagstukken. Men zou hier kunnen concluderen dat het hof het voorkomen van belangenconflicten niet als doel van artikel 4 lid 1 sub a Richtlijn 87/344/EEG ziet.

Uit mijn analyses en conclusies uit hoofdstuk 6 volgde daarentegen juist wel dat de Europese Commissie en de lidstaten met behoud van een zekere mate van contractsvrijheid van verzekerden en verzekeringsmaatschappijen hebben gewild dat het vrije advocaatkeuzerecht strekte ter voorkoming van belangenconflicten. Dit advocaatkeuzerecht behelst, zoals het hof terecht benadrukt, wel een zelfstandig recht dat niet afhankelijk is van het bestaan van belangenconflicten: anders zou het immers belangenconflicten niet voorkomen. Uit mijn eerdere analyses in hoofdstuk 6 kwam bovendien geen enkel ander doel van de vrije advocaatkeuzebepaling naar voren.

Uit het *Eschig*-arrest kan met name worden afgeleid dat het hof in massaschades geen grond ziet voor afwijking van het algemene recht van vrije advocaatkeuze in gerechtelijke en administratieve procedure van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG. Het hof benadrukt — mijns inziens terecht — dat de bepaling van algemene strekking is, ongeacht de keuze van de lidstaat of rechtsbijstandverzekeraars voor een van de systemen van artikel 3 lid 2 Richtlijn 87/344/EEG. Daarnaast heeft het arrest vragen doen rijzen over de bedoeling achter artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG, meer in het bijzonder of deze is gelegen in het vermijden van belangenconflicten of ook in andere gronden, welke het hof evenwel niet heeft genoemd. Het hof heeft zich hierover pas nader uitgelaten in het arrest *Sneller*.

#### 8.4.1.2 Conclusie A-G Trstenjak inzake *Eschig*

In de reeks Europese arresten over het recht van vrije advocaatkeuze is alleen in deze eerste zaak, *Eschig*, een Advocaat-Generaal (A-G) aangesteld voor een conclusie. Op basis van artikel 20 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie kan het hof, wanneer het van oordeel is dat in de voorliggende zaak geen nieuwe rechtsvraag aan de orde is, na de A-G te hebben gehoord, besluiten de zaak af te doen zonder conclusie van de A-G.<sup>364</sup> Men zou daarmee kunnen stellen dat het hof in de latere zaken over de vrije advocaatkeuze, tot op heden, geen nieuwe rechtsvragen heeft gelezen. Door het arrest *Eschig* en de hieronder te bespreken latere arresten over het recht van vrije advocaatkeuze zit inderdaad een rode draad. Des te meer belang gaat uit van de enige conclusie ter zake van A-G Trstenjak.

364. *Publicatieblad* C-83/210, Protocol nr. 3 Betreffend het statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie.

De A-G Trstenjak komt tot de conclusie dat (1) artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG geen uitzondering bevat met betrekking tot massaschades, (2) de systematiek van de richtlijn voor zelfstandige betekenis van de bepaling pleit, (3) de uitzonderingsbepaling ten aanzien van het vrije advocaatkeuzerecht, artikel 5 Richtlijn 87/344/EEG niet analoog op massaschades kan worden toegepast en (4) niet is voldaan aan de voorwaarden van teleologische reductie van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG.<sup>365</sup> Ik bespreek het een en ander hieronder.

In de eerste plaats zet de A-G uiteen dat in artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG geen uitzondering voor massaschades kan worden ingelezen, in de zin dat alsdan de verzekeraar de advocaat kan kiezen. De woorden van de bepaling verzetten zich volgens haar tegen deze zienswijze, daar immers de verzekerde steeds het recht van keuze heeft.

In de tweede plaats concludeert de A-G tot zelfstandige betekenis van artikel 4 lid 1 onder a, waarmee zij de visie van UNIQA en de Europese Commissie afwijst dat de bepaling van de toepassing van artikel 3 lid 2 onder c (de kostenverzekering) afhangt. De A-G noemt daartoe een aantal argumenten die ik hier bespreek.

De A-G wijst op de aparte werkingssfeer van artikel 3 lid 2 onder c respectievelijk 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG. Artikel 3 lid 2 onder c heeft immers een ruimer bereik en geeft een vrije advocaatkeuze reeds op het moment dat er sprake is van dekking onder de rechtsbijstandverzekering, waar daarentegen het recht van artikel 4 lid 1 onder a beperkt is tot gerechtelijke en administratieve procedures. De A-G stelt daarom dat als het artikel 4 lid 1 onder a afhankelijk is van artikel 3 lid 2 onder c, aan artikel 4 lid 1 onder a geen betekenis meer toekomt. Op dezelfde voet ziet de A-G een aparte werkingssfeer ten opzichte van artikel 4 lid 1 onder b Richtlijn 87/344/EEG, dat ziet op belangenconflicten en derhalve ook een eigen werkingssfeer heeft. Is een belangenconflict – uitgaande van de Duitse taalversie ‘und zwar immer, wenn es zu einer Interessenkollision kommt’ – vereiste voor het intreden van het vrije advocaatkeuzerecht van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG, dan zou deze bepaling geen zelfstandige betekenis hebben ten opzichte van sub b van hetzelfde artikel, dat eveneens een belangenconflict als voorwaarde stelt.

De A-G bestrijdt daarbij dat Richtlijn 87/344/EEG naast het bereiken van vrijheid van vestiging voor het verzekeringsbedrijf en de bescherming van verzekerden tegen belangenconflicten niet nog andere doelen kan hebben. Zij acht daartoe niet beslissend dat in de considerans geen andere doelen staan genoemd. Zij wijst ook op de afwijking van de Duitse taalversie ten opzichte van andere, wat betreft de zinsnede ‘und zwar immer, wenn es zu einer Interessenkollision kommt’ ter begronding van het recht van vrije advocaatkeuze voor verzekerden.

Ook meent de A-G dat de ontstaansgeschiedenis van Richtlijn 87/344/EEG niet duidt op een onzelfstandig recht van vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a. Re-

365. Conclusie A-G Trstenjak inzake *Eschig*, ECLI:EU:C:2009:310, r.o. 47.

kenschap werd gegeven van het verschil tussen het (originaire) vrije advocaatkeuzerecht in de richtlijnvoorstellen — dat zoals door mij eerder getoond nog een vrij abstract keuzerecht verschafte (zie paragraaf 6.2) — en dat van artikel 4 Richtlijn 87/344/EEG. De A-G licht toe dat, de bepaling zowel kan zijn bedoeld als bijkomend instrument ter vermijding van belangenconflicten alsook als zelfstandig recht van advocaatkeuze, maar dan beperkt tot gerechtelijke en administratieve procedures.

In de derde plaats concludeert de A-G dat in artikel 5 naar analogie geredeneerd geen uitzondering voor massaschades kan worden gelezen, nu de opzet en tekst ervan zich daartegen verzet. Volgens de A-G voorziet artikel 5 van Richtlijn 87/344/EEG in eng geformuleerde uitzonderingen, toegespitst op concrete praktijk-situaties. Deze lenen zich aldus de A-G niet voor een algemene analogische toepassing voor massaschades.

Ten slotte kom ik hier toe aan het vierde argument dat de A-G in haar conclusie bestrijkt, dat van de door UNIQA en de Commissie gestelde teleologische reductie van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG. Volgens de A-G willen UNIQA en de Commissie het doen voorkomen alsof het vrije advocaatkeuzerecht van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG tegen de bedoeling van de communautaire wetgever in te ruim is uitgevallen. De A-G wil er echter niet aan dat het fenomeen massaschade een nieuw fenomeen is, dat niet voorzien was ten tijde van de totstandkoming van de richtlijn.

In het licht van mijn onderzoeksvraag naar de reikwijdte van de bepaling is interessant dat de A-G sterke twijfels uitspreekt over de vraag of het keuzerecht van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG te ruim is omschreven. Zij overweegt:

‘84. In de eerste plaats is het normatieve gehalte van artikel 4, lid 1, sub a, van richtlijn 87/344 beperkt. Deze bepaling schrijft enkel voor dat er een recht op vrije keuze van de rechtshulpverlener bestaat, *indien* een rechtshulpverlener wordt gevraagd de belangen van de verzekerde in een gerechtelijke of administratieve procedure te verdedigen, te vertegenwoordigen of te behartigen. Zij bepaalt daarentegen niets over de voorwaarden waaronder de rechtsbijstandverzekerde zich jegens zijn rechtsbijstandverzekeraar kan beroepen op een recht op inschakeling van een rechtshulpverlener. Bijgevolg vloeien deze voorwaarden voort — behoudens andere relevante gemeenschapsrechtelijke of nationale bepalingen — uit de met betrekking tot de rechtsbijstandverzekering gesloten overeenkomst.’<sup>366</sup>

Deze passage van de conclusie van de A-G steunt mijn bevindingen in hoofdstuk 6, waar ik vaststelde dat de lidstaten op aangeven van Europese Commissie, met diens richtlijnvoorstellen, hebben beoogd om een minimumgarantie en bescherming te bieden aan verzekerden, zonder te veel in te grijpen op de nationale gebruiken en praktijk op het gebied van de inschakeling van externe rechtshulpverleners. Deze toelichting van de A-G illustreert de terughoudende opstelling van de lidstaten. Evenwel kan men zich nog steeds afvragen of de A-G met zoveel woorden beoogt

366. Conclusie A-G Trstenjak inzake *Eschig*, ECLI:EU:C:2009:310, r.o. 84.

te stellen dat – zoals ik in hoofdstuk 6 concludeerde – het keuzerecht slechts aan de orde is wanneer een externe rechtshulpverlener moet worden ingeschakeld voor de bijstand in een procedure.

In het licht van voorgaande passage uit de conclusie van de A-G dient te worden gerealiseerd dat bezwaarlijk kan worden gezegd dat huidige ruime uitleg van het vrije advocaatkeuzerecht in het licht van de voormalige Nederlandse praktijk niet verdergaand ingrijpt op de contractsvrijheid van verzekeraar en verzekerde. Partijen bij de rechtsbijstandverzekeringsovereenkomst kunnen immers van alles willen afspreken over de wijze waarop een rechtshulpverlener wordt ingeschakeld in het kader van een procedure, gegeven is dat in de huidige ruime uitleg van het vrije advocaatkeuzerecht ná Sneller verzekerde bij een onder de verzekeringsvoorwaarden gedekt geschil aanspraak maakt op een vrije advocaatkeuze als hij gedaagd wordt door zijn wederpartij. Anders gezegd, in de vigerende uitleg van het vrije advocaatkeuzerecht is er veel minder ruimte voor de contractsvrijheid van partijen om het bereik van de keuzevrijheid van verzekerde vast te stellen.

In het licht van dit beperkte normatieve gehalte van de bepaling wijst de A-G evenwel op de mogelijkheid om bepaalde ‘massaschadegevoelige’ rechtsgebieden uit te sluiten in de polisvoorwaarden of hogere premies te verlangen.

Aan de hand van de voornoemde punten komt de A-G tot de conclusie dat artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG zich verzet tegen een nationale bepaling die in plaats van verzekerde de rechtsbijstandverzekeraar toestaat om de externe advocaat te kiezen in gevallen waarin een groot aantal verzekerden schade lijden vanwege hetzelfde feit. Het HvJ EU heeft in zijn arrest overeenkomstig geoordeeld.

#### 8.4.2      **Stark (2011)**<sup>367</sup>

Het tweede arrest van het HvJ EU over het vrije advocaatkeuzerecht van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG, *Stark*, werd twee jaar laten gewezen. Al dan niet toevalligerwijs betrof het wederom een Oostenrijkse zaak. Anders dan inzake *Eschig* ging het in deze zaak niet om de vraag of het vrije advocaatkeuzerecht een algemene garantie betrof. Vast stond dat de verzekeraar verzekerde Stark conform het vrije advocaatkeuzerecht toestond om zelf een advocaat te kiezen. Er bestond echter discussie over de hoogte van de te vergoeden advocaatkosten.

Stark woonde in Oostenrijk op circa 600 kilometer afstand van Wenen. In 2006 heeft hij in Wenen een arbeidsrechtelijke procedure gestart tegen zijn voormalige werkgever. Daarbij heeft hij een advocaat aangezocht in zijn woonplaats. Deze advocaat hanteerde voor de rechtsbijstand in de procedure te Wenen een hoger tarief dan gebruikelijk, het zogenaamde dubbele standaardtarief. D.A.S. ging echter slechts akkoord met het enkelvoudige tarief.

---

367.    HvJ EU 26 mei 2011, C-293/10, ECLI:EU:C:2011:355 (*Stark/D.A.S.*).

Het relevante wetsartikel dat ter discussie stond in de zaak *Stark* was § 158k van het *Versicherungsvertragsgesetz*, welk artikel voortvloeide uit artikel 4 Richtlijn 87/344/EEG. De bepaling luidde als volgt:

‘1) De verzekeringnemer is gerechtigd om voor zijn vertegenwoordiging in een gerechtelijke of administratieve procedure vrijelijk een tot de beroepshalve vertegenwoordiging van partijen bevoegde persoon te kiezen. Bovendien kan de verzekeringnemer voor de verdere behartiging van zijn juridische belangen vrijelijk een advocaat kiezen, wanneer bij de verzekeraar een belangenconflict is ontstaan.

2) In de verzekeringsovereenkomst kan worden overeengekomen dat de verzekeringnemer voor zijn vertegenwoordiging in een gerechtelijke of administratieve procedure enkel een tot de beroepshalve vertegenwoordiging van partijen bevoegde persoon mag kiezen die kantoor houdt in de plaats van de gerechtelijke of administratieve instantie die in eerste aanleg bevoegd is voor de te voeren procedure. Ingeval niet ten minste vier van deze personen in die plaats kantoor houden, dient de keuzevrijheid zich uit te strekken tot personen binnen het rechtsgebied van het Gerichtshof erster Instanz [gerecht van eerste aanleg] waarin de genoemde instantie zich bevindt.’<sup>368</sup>

Voorts is in deze relevant de nationale regelgeving van Oostenrijk omtrent advocaattarieven (*Rechtsanwaltstarifgesetz*: ‘RATG’). Deze wet bevat een zogenoemd standaardtarief en een dubbeltarief. § 23 lid 1 van de RATG bepaalt dat het standaardtarief geldt voor vergoeding van bepaalde nevenprestaties van de advocaat in burgerlijke zaken. Dit tarief moet worden verdubbeld (dubbeltarief) wanneer de advocaat de prestatie toepast buiten de plaats waar hij kantoor houdt.

Aan het HvJ EU werd door de Oostenrijkse beroepsrechter de vraag voorgelegd of het nationale recht een bepaling mag bevatten inhoudende dat verzekerde ter zake de bijstand in een gerechtelijke of administratieve procedure enkel een in de plaats van het gerecht van eerste aanleg gevestigde tot de beroepshalve vertegenwoordiging van partijen bevoegde persoon mag kiezen.

Het hof stelde onder verwijzing naar het *Eschig*-arrest voorop dat het vrije advocatkeuzerecht van artikel 4 lid 1 Richtlijn 87/344/EEG een algemene strekking en bindend karakter heeft.<sup>369</sup> Daaraan koppelt het hof de gevolgtrekking dat de keuzevrijheid van een verzekerde niet beperkt kan worden tot enkel advocaten die kantoor houden in de plaats van de gerechtelijke of administratieve instantie die in eerste aanleg bevoegd is of tot enkel advocaten die zich ertoe verbinden hun kosten en honoraria te declareren conform deze advocaten die kantoor houden in de plaats van dit gerecht of administratieve instantie.<sup>370</sup> Desondanks kwam het HvJ EU niet tot de slotsom dat het vrije keuzerecht van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn

368. HvJ EU (*Stark/D.A.S.*), r.o. 9.

369. HvJ EU (*Stark/D.A.S.*), r.o. 29.

370. HvJ EU (*Stark/D.A.S.*), r.o. 30.

87/344/EEG was geschonden. De kwestie werd door het hof namelijk gezien in het licht van de omvang van de kostendekking, waarvoor Richtlijn 87/344/EEG volgens het hof geen volledige harmonisatie beoogt. De kwestie van de omvang van de dekking is volgens het hof niet in de richtlijn geregeld.

Derhalve legde het HvJ EU de prejudiciële vraag uit in het licht van de geest van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG. Aldus zijn lidstaten gerechtigd om beperkingen aan te brengen in de omvang van de te vergoeden kosten ter zake de verdediging van verzekerde, mits de keuzevrijheid van artikel 4 lid 1 Richtlijn 87/344/EEG *niet van haar inhoud wordt beroofd*. Zulks zou volgens het hof het geval zijn wanneer het voor verzekerde in de praktijk onmogelijk wordt een *redelijke* keuze te maken voor een vertegenwoordiger.

Tot slot overwoog het hof dat de nationale Oostenrijkse regeling in kwestie niet de vrijheid van contractspartijen bij de verzekeringsovereenkomst uitsloot te regelen dat de rechtsbijstandverzekering ook de (extra) kosten van bijstand dekt van vertegenwoordigers die niet in de plaats van het gerecht van eerste aanleg zijn gevestigd, zulks eventueel tegen een hogere premie.

Het HvJ EU komt derhalve tot het oordeel dat Stark vrijelijk zijn advocaat heeft kunnen kiezen in de zin van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG, ondanks dat hij het meerdere boven de kosten die een advocaat in de plaats van het gerecht in eerste aanleg zelf heeft moeten dragen.

Kernachtig samengevat oordeelt het hof dat artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG niet in de weg staat aan een nationale regeling die bepaalt dat verzekerde slechts mag kiezen een vertegenwoordiger die kantoor houdt in de plaats van het gerecht of de administratieve instantie die in eerste aanleg bevoegd is *voor zover* deze beperking slechts ziet op de omvang van de dekking van deze kosten van bijstand door de gekozen vertegenwoordiger *en* de werkelijk betaalde vergoeding toereikend is.<sup>371</sup>

Bijzonder maar allicht weinig verassend is dat het HvJ EU de toets van de vraag of de werkelijke vergoeding toereikend is aan de nationale rechter wordt gelaten. Ditzelfde geldt waarschijnlijk ook voor de vraag of er in een voorkomend geval al dan niet sprake is van een beperking ten aanzien van de te vergoeden kosten van de vrijelijk te kiezen vertegenwoordiger.<sup>372</sup> Gezien de hiervoor genoemde prejudiciële vraag was dit namelijk niet geheel duidelijk. De nationale wetgeving bepaalde namelijk dat de rechtsbijstandverzekeraar de keuzevrijheid in beginsel kon beperken tot de groep tot rechtshulpverlening gekwalificeerde personen in de plaats van het gerecht of de administratieve instantie van eerste aanleg, zonder met zoveel woorden te bepalen dat het een beperking van de te vergoeden kosten betrof.

371. HvJ EU (*Stark/D.A.S.*), r.o. 36.

372. In de voor-recht-verklaring van het Hof staat de opdracht aan de verwijzende rechter aan het eind van de zin, met daaraan voorafgaand de twee voorwaarden die maken wanneer het vrije keuzerecht niet is geschonden, namelijk dat (1) het een beperking ten aanzien van de omvang van de te vergoeden kosten betreft en dat (2) de werkelijk betaalde vergoeding toereikend is.

Daarom kan worden gezegd dat het hof de prejudiciële vraag en de wetgeving met enige welwillendheid heeft gelezen.

In het arrest *Stark* wordt aldus nogmaals het minimumkarakter van artikel 4 lid 1 sub a van de richtlijn wordt benadrukt. Het gaat erom dat iedere rechtsbijstandverzekerde onder de voorwaarden van artikel 4 lid 1 van de richtlijn de vrije keuze wordt geboden en dat beperkingen ten aanzien van de reikwijdte van deze vrije keuze niet feitelijk het keuzerecht ondergraven.

## 8.5 Procesgang inzake Sneller voorafgaand aan het arrest van het HvJ EU

Wederom 2 jaar later werd door het HvJ EU een arrest gewezen in een zaak omtrent de vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG. Ditmaal in een Nederlandse zaak. In deze paragraaf bespreek ik uitgebreid het geschil tussen verzekerde Sneller en rechtsbijstandverzekeraar DAS. Eerst beschrijf ik hieronder het procesverloop tot en met de Hoge Raad. In de volgende paragraaf bespreek ik aansluitend het arrest van het HvJ EU.

### 8.5.1 Feitenverloop

Jan Sneller was voor rechtsbijstand verzekerd via Reaal Schadeverzekering NV. De uitvoering van de schaderegeling onder deze rechtsbijstandverzekering berustte bij DAS. Sneller heeft DAS ter zake een arbeidsconflict met diens werkgever verzocht de kosten te vergoeden van zijn procesvertegenwoordiging van een door hem gekozen advocaat.

Het geschil van Sneller en diens werkgever betrof de beëindiging van het arbeidscontract van Sneller.<sup>373</sup> In deze december 2009 heeft de werkgever het UWV verzocht de arbeidsovereenkomst te mogen beëindigen. Het UWV heeft toestemming verleend en de arbeidsovereenkomst is aansluitend door werkgever beëindigd. In de tussentijd had Sneller in januari 2010 bij DAS om rechtsbijstand verzocht.

Aanvankelijk heeft DAS zelf rechtshulp verleend. DAS heeft voor Sneller bij de werkgever een beroep gedaan op kennelijk onredelijk ontslag. Nadien is een buitengerechtelijke correspondentie op gang gekomen. In december 2010 heeft Sneller via tussenkomst van zijn advocaat mr. Beekers verzocht om het dossier voortaan door mr. Beekers te laten behandelen. Dit verzoek is afgewezen door DAS. Daarna heeft mr. Beekers namens Sneller een beroep gedaan op het recht van vrije advocaatkeuze en aangegeven dat Sneller zich niet kon vinden in de uitvoering van de rechtshulp door DAS. In dat verband werd namens Sneller tevens verzocht om de uitvoering van de geschillenregeling (derhalve als bedoeld in artikel 6 Richtlijn 87/344/EEG en artikel 4:68 Wft), met aanwijzing van mr. Beekers als bindend adviseur.

373. Rb. Amsterdam 8 maart 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BP747 (*Rb. Amsterdam Sneller/DAS*).



### 8.5.2 Eerste aanleg

Sneller heeft na de voornoemde gang van zaken DAS voor de voorzieningenrechter te Amsterdam gedaagd. Primair heeft hij daarbij overdracht van het dossier aan zijn advocaat mr. Beekers gevorderd, zodat een procedure tegen zijn werkgever kon worden gestart. Subsidiair heeft Sneller in de procedure verzocht om het dossier aan een door hem aan te wijzen advocaat over te dragen – mr. Beekers – voor een bindend advies in de geschillenregeling.

De voorzieningenrechter heeft de vorderingen van Sneller afgewezen met compensatie van de proceskosten in de zin dat partijen hun eigen kosten moesten dragen. De rechter overwoog daartoe dat DAS zich in de procedure bereid heeft verklaard een procedure te starten door middel van het uitvaardigen van een dagvaarding. De voorzieningenrechter kwam ten gronde echter ook tot het oordeel dat het Sneller als rechtsbijstandverzekerde bij het starten van een procedure vrijstond om zelf de rechtshulpverlener te kiezen. Opmerkelijk in de procedure was echter dat de voorzieningenrechter de vordering tot het gelasten van de dossieroverdracht afwees op basis van de overweging dat het debat over de mogelijkheden omtrent de te kiezen rechtshulpverlener nog niet voldoende was uitgekristalliseerd.<sup>374</sup> Volgens de voorzieningenrechter diende dit in een bodemprocedure verder te worden uitgewerkt.

Ondanks de afwijzingen van de vorderingen van Sneller heeft de voorzieningenrechter uitgebreid toegelicht waarom hij tot een ruime interpretatie van het recht van vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG en artikel 4:67 Wft kwam.<sup>375</sup> In dat verband stelde de voorzieningenrechter overeenkomstig het arrest *Eschig* vast dat het recht van vrije advocaatkeuzerecht voor zowel kostenverzekeraars als voor verzekeraars die rechtshulp in natura leveren geldt. De voorzieningenrechter overwoog vervolgens dat uit het gebruik van de term ‘rechtshulpverlener’ in het *Eschig*-arrest geconcludeerd moet worden dat ook in procedures waarin procesvertegenwoordiging niet verplicht is verzekerden steeds hun rechtshulpverlener mogen kiezen. Daarmee wees de voorzieningenrechter het standpunt van de Minister van Veiligheid en Justitie van de hand, die kort daarvoor had verklaard dat het vrije advocaatkeuzerecht eerst ontstaat wanneer een gerechtelijke of administratieve procedure wordt gestart waarin procesvertegenwoordiging verplicht is.<sup>376</sup>

Het partijdebat in deze procedure betrof hoofdzakelijk de vraag naar toepasselijkheid van het *Eschig*-arrest. DAS heeft in de procedure betoogd dat het *Eschig*-arrest niet van toepassing was omdat een besluit tot uitbesteding aan een advocaat niet ter discussie stond. Wel beschouwd was in *Eschig* namelijk de vervolgvraag aan de orde, of *ingeval eenmaal tot dossieroverdracht aan een externe advocaat is besloten* de keuzevrijheid van verzekerde kan worden beperkt in geval van een massaschade. De voorzieningenrechter leidde uit de kernoverwegingen van het arrest van het HvJ EU af dat

374. Rb. Amsterdam (*Sneller/DAS*), r.o. 4.23.

375. Rb. Amsterdam (*Sneller/DAS*), r.o. 4.10.

376. Rb. Amsterdam (*Sneller/DAS*), r.o. 4.11.

verzekerden indien een procedure moet worden gevoerd steeds het recht hebben om een advocaat te kiezen.<sup>377</sup> Ook in geval van een kantonprocedure betekende dit aldus de voorzieningenrechter dat door verzekerde een rechtshulpverlener mocht worden gekozen.

### 8.5.3 Hoger beroep<sup>378</sup>

DAS en Sneller zijn in hoger beroep gekomen van de hiervoor besproken uitspraak van de voorzieningenrechter te Amsterdam. DAS heeft de overwegingen ten gronde van de voorzieningenrechter bestreden. Sneller heeft zich gekeerd tegen de afwijzing van de verzochte voorzieningen. De in paragraaf 8.5.1 besproken feiten zoals in eerste aanleg aan bod gekomen zijn in hoger beroep niet bestreden.

Het arrest van het Gerechtshof Amsterdam is in feite het spiegelbeeld van de uitspraak van eerste aanleg. Anders dan de voorzieningenrechter komt het hof tegen de achtergrond van de wetsgeschiedenis van de richtlijn tot de conclusie dat artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG twee cumulatieve voorwaarden schept. Naast een gerechtelijke of administratieve procedure moet aldus het hof sprake zijn van een *verzoek aan een externe advocaat* om de belangen van verzekerde te behartigen in deze procedure.<sup>379</sup> Het Gerechtshof overweegt ook anders dan de voorzieningenrechter dat het arrest *Eschig* niet van toepassing is omdat daarin reeds sprake was van een besluit tot ‘uitbesteding’ van de zaak van verzekerde aan een externe advocaat, zodat daar was voldaan aan de voornoemde tweede voorwaarde, dat een externe advocaat ‘wordt verzocht’ om verzekerde bij te staan in een gerechtelijke of administratieve procedure.

Het hof gaat in op de achtergrond van Richtlijn 87/344/EEG en plaatst deze in de sleutel van belangenconflicten tussen verzekeraars en verzekerden, zoals besproken in paragraaf 4.5. Volgens het hof is pas bij uitbesteding aan een externe rechtshulpverlener sprake van een mogelijk belangenconflict dat Richtlijn 87/344/EEG tracht te voorkomen. Daaraan voegt het hof toe dat hij geen aanwijzing kan vinden dat een rechtsbijstandverzekeraar die handelt in overeenstemming met de toegestane bedrijfsmodellen van artikel 3 lid 2 Richtlijn 87/344/EEG niet is toegelaten om ten koste van de keuzevrijheid van verzekerden de rechtsbijstand in een procedure zelf ter hand te nemen.<sup>380</sup>

DAS heeft in hoger beroep vooral gewezen op de totstandkomingsgeschiedenis van Richtlijn 87/344/EEG, het streven van de communautaire wetgever om belangenconflicten tussen verzekeraar en verzekerde te voorkomen, en het belang van lage premies van de rechtsbijstandverzekering doordat rechtsbijstandverzekeraars de rechtsbijstand zo veel mogelijk zelf kunnen uitvoeren. Het hof heeft in het voordeel van DAS beslist en overwogen dat het *Eschig*-arrest geen implicaties heeft voor de

377. Rb. Amsterdam (*Sneller/DAS*), r.o. 4.10, met verwijzing naar HvJ EU (*Eschig/UNIQA*), r.o. 47.

378. Hof Amsterdam 26 juli 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR5339 (*Hof Amsterdam Sneller/DAS*).

379. Hof Amsterdam (*Sneller/DAS*).

380. Hof Amsterdam (*Sneller/DAS*), r.o. 3.6. Het Hof zal hier hebben bedoeld dat de richtlijn niet verbiedt dat een rechtsbijstandverzekeraar zich het recht *voorbehoudt* om zelf de rechtsbijstand in een procedure te verlenen.

onderhavige casus, omdat DAS de vrije advocaatkeuze afhankelijk mag stellen van een besluit om de zaak van een verzekerde door een externe advocaat te laten behandelen.

Het hof kwam voorts tot de conclusie dat de Nederlandse wet op dat punt niet verder gaat ten aanzien van het vrije advocaatkeuzerecht dan Richtlijn 87/344/EEG. Derhalve oordeelde het hof dat DAS zich in het onderhavige geval mocht voorhouden om zelf de rechtsbijstand in de kantonprocedure te verlenen. Het hof benadrukte evenwel dat wél een recht van vrije advocaatkeuze ontstaat indien DAS de zaak wilde laten behandelen door een bij haar in dienst zijnde advocaat, omdat in dat geval de Verordening op de praktijkuitoefening in dienstbetrekking zou meebrengen dat verzekerde een vrije keus voor een advocaat moet worden verleend.<sup>381</sup> Dit was in echter niet aan de orde.

Ten slotte overwoog het hof nog dat bij verschil van inzicht tussen verzekerde en verzekeraar over de wijze van behandeling geen recht op vrije advocaatkeuze ontstaat als bedoeld in artikel 4 lid 1 onder b Richtlijn 87/344/EEG.<sup>382</sup> Het hof verwijst ter zake naar de geschillenregeling van artikel 6 Richtlijn 87/344/EEG, artikel 4:68 Wft. In hoger beroep was geen discussie over de vraag of de geschillenregeling in de polisvoorwaarden van DAS voldeed aan dit artikel.

Het hof heeft tegen het licht van het hiervoor besprokene het vonnis van de voorzieningenrechter bekrachtigd met verbetering van gronden ten aanzien van de compensatie van de proceskosten. Derhalve werd Sneller in eerste aanleg en hoger beroep veroordeeld in de proceskosten.

#### 8.5.4 Cassatie en het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJ EU

Sneller heeft cassatie ingesteld tegen het arrest van Gerechtshof Amsterdam. Ik bespreek achtereenvolgend het arrest van de Hoge Raad van 28 september 2012<sup>383</sup> en de conclusie van de Advocaat-Generaal Spier<sup>384</sup> welke daaraan voorafging.

Sneller heeft zich gericht tegen de overweging van het Gerechtshof Amsterdam dat het vrije advocaatkeuzerecht van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG ook afhankelijk is van een besluit van de rechtsbijstandverzekeraar dat de zaak ten aanzien van een gerechtelijke of administratieve procedure aan een externe rechtshulpverlener wordt overgedragen. De Hoge Raad overwoog dat er sterke aanwijzingen zijn dat Richtlijn 87/344/EEG en het vrije advocaatkeuzerecht van artikel 4 lid 1 onder a in ruime zin moet worden uitgelegd.

Ten eerste plaatst de HR de uitleg van DAS — dat artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG eerst opgaat als er sprake is van een besluit tot uitbesteding aan een externe rechtshulpverlener — in de context van de elfde overweging van de preambule van Richtlijn 87/344/EEG. De HR overweegt dat in deze overweging onomwon-

381. Zie paragraaf 7.4.3.

382. Hof Amsterdam (*Sneller/DAS*), r.o. 3.9.

383. HR 28 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW7507 (*HR Sneller/DAS*).

384. Conclusie van A-G Spier van 1 juni 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BW7507.

den is gesteld dat een verzekerde zelf ‘zijn advocaat moet kunnen kiezen of elke andere persoon met de kwalificaties die door het nationale recht worden toegestaan in het kader van gerechtelijke of administratieve procedures’. Aldus de HR brengt dit mee dat verzekerde reeds een vrije advocaatkeuze toekomt wanneer een dergelijke procedure moet worden gevoerd.

Ten tweede overweegt de HR dat de verschillende bestreken taalversies — de Duitse, Engelse en Franse naast de Nederlandse — niet in gelijke mate steun bieden aan de grammaticale uitleg van de richtlijn van DAS. De verschillende taalversies van de relevante zinsnede van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG luiden ter zake:

Franse taalversie: ‘il est fait appel à un avocat ou à toute autre personne ayant les qualifications admises par la loi nationale’,

Engelse taalversie: ‘recourse is had to a lawyer or other person appropriately qualified according to national law’,

Duitse taalversie: ‘ein Rechtsanwalt oder eine sonstige nach dem nationalen Recht entsprechend qualifizierte Person in Anspruch genommen wird’.

Ten derde overweegt de HR, in lijn met de uitspraak van de voorzieningenrechter, dat uit het arrest *Eschig* mogelijk conclusies kunnen worden getrokken voor de strekking van het vrije advocaatkeuzerecht van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG in het onderhavige geval. De HR benoemt in dat verband dat het HvJ EU in zijn arrest overwegingen van algemene strekking wijdde aan de verhouding tussen artikel 4 lid 1 en artikel 3 lid 2 Richtlijn 87/344/EEG. Hoewel in het arrest een andere situatie aan de orde was, zijn deze algemene overwegingen van het hof aldus de HR allicht toepasselijk op het onderhavige geval.

Afzonderlijke relevantie in deze cassatiezaak hebben de door DAS veronderstelde maatschappelijke gevolgen van een verruiming van de advocaatkeuze. De HR onderkent dat van de rechtsbijstandverzekering een groot maatschappelijk belang uitgaat:

‘3.8 Hetgeen hiervoor in 3.7.1-3.7.4 is overwogen brengt mee dat zwaarwegende argumenten zijn aan te voeren ten gunste van de opvatting dat, indien een gerechtelijke of administratieve procedure wordt gevoerd, aan de verzekerde in de polisvoorwaarden steeds het recht moet worden geboden op vrije keuze van zijn rechtshulpverlener. Toch is daardoor niet boven redelijke twijfel verheven dat art. 4 lid 1 van de Richtlijn verhindert dat een rechtsbijstandverzekeraar in het geval van een naturaverzekering het recht op vrije keuze van een rechtshulpverlener in de verzekeringsvoorwaarden beperkt tot het geval dat de verzekeraar besluit de procedure niet te laten behandelen door een rechtshulpverlener die bij haar in dienst is, mits die voorwaarden voor dat geval tevens voorzien in een geschillenregeling (zoals in deze zaak). Daarbij komt dat verdedigbaar is dat de

rechtsbijstandverzekeraar deze vrijheid in het hier bedoelde geval om andere redenen dient te worden gegund. Verzekeringen in natura als de onderhavige komen in Nederland — en wellicht ook in andere landen van de Europese Unie — veel voor, omdat zij aanspraak geven op rechtsbijstand, ook in gerechtelijke en administratieve procedures, tegen een verhoudingsgewijs lage premie. Die lage premie is mede mogelijk omdat de rechtsbijstandverzekeraar de rechtsbijstand in die procedures zelf verleent. Bovendien geven deze polissen aanspraak op rechtsbijstand in gerechtelijke en administratieve procedures waarin rechtsbijstand niet verplicht is. Dergelijke procedures, waarin dikwijls de toegang tot de rechter pas openstaat nadat een buitengerechtelijke bezwaar- of klacht-procedure is gevolgd, worden — in ieder geval in Nederland — veelvuldig gevoerd. Indien art. 4 lid 1 van de Richtlijn bij naturapolissen ook voor die procedures een redelijke, vrije keuze van externe rechtshulpverleners moet waarborgen, ligt een premiestijging voor de hand, wellicht zelfs van forse omvang. In zoverre is derhalve sprake van een kwestie van evident maatschappelijk belang, die ook in dit kort geding het stellen van vragen aan het Hof van Justitie rechtvaardigt.<sup>385</sup>

Gezien het debat over de uitleg van een Europese richtlijn en de maatschappelijke context van de rechtsbijstandverzekering besloot de HR tot het stellen van twee prejudiciële vragen aan het HvJ EU:

‘1. Laat art. 4 lid 1 van Richtlijn 87/344/EEG toe dat een rechtsbijstandverzekeraar die in zijn polissen regelt dat rechtsbijstand in gerechtelijke of administratieve procedures in beginsel zal worden verleend door werknemers van de verzekeraar, tevens nog bedingt dat de kosten van rechtsbijstand van een door de verzekerde vrij gekozen advocaat of rechtsbijstandverlener slechts onder de dekking vallen indien de verzekeraar van mening is dat de behandeling van de zaak aan een externe rechtshulpverlener moet worden uitbesteed?

2. Maakt het voor de beantwoording van de eerste vraag verschil of voor de desbetreffende gerechtelijke of administratieve procedure rechtsbijstand wel of niet verplicht is?’

De tweede prejudiciële vraag hangt samen met het bijzondere karakter van het Nederlandse stelsel, waarin het in grote mate mogelijk is om zonder advocaat op te treden in procedures. De vraag is kennelijk of de bijzonderheden van een stelsel waarin procespartijen vrij zijn in de wijze waarin zij zich in een gerechtelijke of administratieve procedure laten bijstaan een uitzondering rechtvaardigt op de regel van vrije advocaatkeuze.

Tegelijkertijd is de relevantie van de tweede vraag niet zonder meer duidelijk. Waarom zou het verschil tussen procedures waarin processuele bijstand wel of niet verplicht is van belang zijn voor de beantwoording van de strekking van arti-

385. HR (*Sneller/DAS*), r.o. 3.8.

kel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG? In de richtlijn valt een dergelijk onderscheid niet te ontwaren. Ik kan slechts veronderstellen dat de HR hier hint op de mogelijke betekenis van het begrip vrije ‘advocaatkeuze’. Het begrip heeft in tegenstelling tot de richtlijnvoorstellen voor Richtlijn 87/344/EEG, waarbij zoals in paraaf 6.2 nog sprake was van een originair recht van advocaatkeuze, inmiddels een misleidende naam gekregen. Het begrip ‘Vrije keuze van rechtshulpverlener’ zou meer op zijn plaats zijn, nu immers het gehele scala van rechtshulpverleners die van rechtswege bevoegd zijn om op te treden in gerechtelijke en administratieve procedures kwalificeren.

Door A-G Spier is in deze zaak een conclusie geschreven met een uitvoerige uiteenzetting van de probleemstelling en door de procespartijen naar voren gebrachte standpunten. De A-G maakt — gelijk als de HR — duidelijk onderscheid tussen de maatschappelijke context van het onderhavige geschil als het juridische. Ik bespreek de conclusie hieronder en vang aan met de juridische beschrijving van de A-G, gevolgd door diens weergave van het maatschappelijke, economische debat.

In de conclusie van de A-G komen de contouren van het juridische debat in de cassatieprocedure uitgebreid aan de orde. Zo is uit de uiteenzetting van de A-G vermoedelijk af te leiden hoe de HR komt tot de tweede prejudiciële vraag, of het onderscheid tussen procedures waarin het procesmonopolie wel en niet van toepassing is relevant kan zijn voor de beoordeling van de reikwijdte van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG. De A-G behandelt in zijn conclusie verschillende bronnen over de uiteenlopende, tegengestelde standpunten over de strekking van het vrije advocaatkeuzerecht.<sup>386</sup>

De A-G bespreekt specifiek het betoog van DAS in cassatie dat uit de tekst van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG is af te leiden dat niet zonder meer steeds een vrije advocaatkeuze geldt ter zake gerechtelijke en administratieve procedures:

‘4.19 DAS heeft nog in de strijd geworpen dat de woordjes “wordt gevraagd” in art. 4 lid 1 onder a van de Richtlijn koren op haar molen zouden zijn. Dat zou nog duidelijker blijken uit de in de s.t. op p. 11 i.f./12 bovenaan geciteerde Engelse, Franse en Duitse tekst (“where recourse is had to a lawyer”, “est fait appel à un avocat” en “wenn ein Rechtsanwalt (...) in Anspruch genommen wird”). Aldus zou tot uitdrukking worden gebracht dat sprake moet zijn van wat wordt genoemd “een noodzaak (voor de rechtsbijstandverzekeraar) om een advocaat in te schakelen”.

4.20 Deze opvatting is evident onjuist voor zover het gaat om de kennelijk beoogde restrictie tot procedures waarvoor bijstand door een advocaat nodig is. Noch in art. 4 lid 1 onder a van de Richtlijn, noch ook in de arresten *Eschig* en *Stark* is deze beperking te lezen. De onder 4.19 geciteerde Engelse tekst zou, als men wil, wellicht tot een andere lezing aanleiding kunnen geven, maar daaraan komt m.i. geen doorslaggevende betekenis toe nu de Nederlandse, Duitse en Franse teksten niet in die richting wijzen.

386. Conclusie A-G Spier, ECLI:NL:PHR:2012:BW7507 (*Sneller/DAS*), r.o. 4.23-4.24.

Belangrijker is evenwel dat voor deze beperking noch in het *Eschig*- noch ook in het *Stark*-arrest enige steun valt te putten.

4.21.1 Ook overigens overtuigt het onder 4.19 weergegeven standpunt niet. Niet alleen is er geen enkele steun voor te vinden (die wordt dan ook niet genoemd), maar omhelzing ervan zou in feite de doodsteek betekenen voor de interpretatie van de Richtlijn, zoals verwoord door het HvJ EU. Het hier besproken standpunt van DAS komt er immers op neer dat de vrije advocatenkeuze zou kunnen worden verhinderd door het stilzitten van rechtsbijstandverzekeraars zonder dat de verzekerde daarop enige invloed kan uitoefenen.

4.21.2 Onder 4.17 wordt in de s.t. nog gewezen op het (kennelijk in deze beslissende) doel van de Richtlijn: de bescherming tegen belangenconflicten. Het betoog ziet er andermaal aan voorbij dat het HvJ EU in andere zin heeft geoordeeld; zie rov. 55 van het *Eschig*-arrest.<sup>387</sup>

De geciteerde passages vatten een belangrijk deel van het standpunt van DAS in cassatie samen. DAS heeft volgens de A-G het standpunt ingenomen dat eerst sprake is van het recht van vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG als er een *noodzaak* is tot inschakeling van een advocaat. In het licht van die visie wordt duidelijk het belang van de voornoemde tweede prejudiciële vraag, waarin aan de orde werd gesteld of het onderscheid tussen procedures waarin het procesmonopolie geldt en waarin niet relevant is voor de interpretatie van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG.

In de Europeesrechtelijke context heeft DAS, gezien voornoemde passage, in de eerste plaats gewezen op de tekst van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG. Uit de conclusie van de A-G blijkt niet zonder meer of DAS heeft beoogd te stellen of een grammaticale interpretatie van de bepaling leidt tot een beperkt recht van vrije advocaatkeuze of dat de bepaling, in de zin van doelgerichte teleologische uitleg, ruimte overlaat voor een beperking op het recht van de vrije advocaatkeuze, wanneer geen ‘noodzaak’ tot de inschakeling van een advocaat bestaat. Dit onderscheid is mijns inziens fundamenteel. Dit strookt ook met de uitleg die het Gerechtshof Amsterdam in dit geschil heeft gegeven.

De A-G beantwoordt de voorliggende vraag van uitleg van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG vanuit de (aard van de relevante) procedure, waar hij concludeert dat verzekerden in iedere procedure een recht van vrije advocaatkeuze hebben:

‘4.26 Uit het voorafgaande moge blijken dat m.i. geen overtuigende argumenten bestaan voor de zeer uitvoerig, maar in essentie zonder motivering, uitgedragen opvatting dat – kort gezegd – niet voor iedere gerechtelijke of administratieve procedure een vrije advocatenkeuze bestaat. Gelet op de niet voor redelijk misverstand vatbare arresten van het HvJ EU lijkt het mij in dit stadium, niettegenstaande de door DAS en in de

387. Conclusie A-G Spier (*Sneller/DAS*), r.o. 4.19-4.21.

Nederlandse doctrine aangedragen argumenten, niet zinvol om één of meer prejudiciële vragen te stellen. Dat zou immers vragen naar de bekende weg zijn.<sup>388</sup>

De A-G bevestigt, evenals de HR daarna zou doen, dat de ruime uitleg gegeven door het HvJ EU in *Eschig* in beginsel van doorslaggevend belang is voor de voorliggende rechtsvragen. Twee passages uit de conclusie behoeven nog bespreking ten aanzien van het juridische debat.

Allereerst besprak de A-G:

‘4.6.1 In de aan het arrest voorafgaande conclusie van A-G Trstenjak wordt uitvoerig uiteengezet daten waarom naar haar oordeel in gerechtelijke en administratieve procedures het recht bestaat op vrije advocatenkeuze. Die keuze is niet afhankelijk van het bestaan van een belangenconflict. Zij wijst er op dat voorkoming van belangenconflicten niet de enige doelstelling was van de Richtlijn.

4.6.2 In de conclusie komt, in het kader van bespreking van de op massaschade toegespitste vraag, een passage voor die wellicht tot misverstand aanleiding zou kunnen geven wanneer deze uit de context wordt gerukt. Er staat: “84. In de eerste plaats is het normatieve gehalte van artikel 4, lid 1, sub a, van richtlijn 87/344 beperkt. Deze bepaling schrijft enkel voor dat er een recht op vrije keuze van de rechtshulpverlener bestaat, indien een rechtshulpverlener wordt gevraagd de belangen van de verzekerde in een gerechtelijke of administratieve procedure te verdedigen, te vertegenwoordigen of te behartigen. Zij bepaalt daarentegen niets over de voorwaarden waaronder de rechtsbijstandverzekerde zich jegens zijn rechtsbijstandverzekeraar kan beroepen op een recht op inschakeling van een rechtshulpverlener. Bijgevolg vloeien deze voorwaarden voort — behoudens andere relevante gemeenschapsrechtelijke of nationale bepalingen — uit de met betrekking tot de rechtsbijstandverzekering gesloten overeenkomst.”

4.6.3 Het ligt m.i. in de rede dat de A-G het oog heeft op bijvoorbeeld financiële beperkingen, zoals een plafond voor de maximaal voor vergoeding in aanmerking komende advocatenkosten.

4.6.4 Uit het door de A-G gecursiveerde woordje “indien” kan zeker niet de conclusie worden getrokken dat het recht op vrije advocatenkeuze alleen bestaat als een rechtsbijstandverzekeraar meent dat inschakeling van een advocaat geboden is. Vooreerst: dat staat er niet en er is geen goede reden aan te nemen dat de A-G het zo zou hebben bedoeld. Daar komt bij dat deze lezing, waartoe DAS zich lijkt te bekeren, onverenigbaar is met zowel de uiteenzetting van de A-G zoals samengevat onder 4.6.1,

388. Conclusie A-G Spier (*Sneller/DAS*), r.o. 4.26.



als met de niet voor redelijk misverstand vatbare opvatting van het HvJ EU.’

Spier bespreekt hier aldus de conclusie van A-G Trstenjak bij het *Eschig*-arrest. Vermoedelijk is de A-G hierop ingehaakt omdat DAS in de cassatieprocedure te berde heeft gebracht dat A-G Trstenjak voorafgaand aan het *Eschig*-arrest heeft overwogen dat artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG een beperkt normatief gehalte in zich bergt. A-G Trstenjak overwoog immers dat het niets bepaalt over de voorwaarden waaronder verzekerde zijn rechtsbijstandverzekeraar kan houden aan het inschakelen van een rechtshulpverlener. Spier gaat ervan uit dat met de beperkingen (slechts) financiële beperkingen worden bedoeld. Zoals ik hiervoor aangaf in paragraaf 8.4.1.2 kunnen de overwegingen van A-G Trstenjak zeer wel anders worden gelezen, in de zin dat deze aanleiding geeft voor een beperkte opvatting van het vrije advocaatkeuzerecht, waarbij wordt aangeknoopt bij het moment dat een externe rechtshulpverlener wordt ingeschakeld. Juist dan is het normatieve gehalte van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG beperkt, en moeten de voorwaarden waaronder deze rechtshulpverlener wordt ingeschakeld in de verzekeringsvoorwaarden worden geregeld. Een ruime opvatting van het vrije advocaatkeuzerecht heeft wél een groter normatief gehalte (en financiële gevolgen) in de zin dat het enkel moeten voeren van een procedure voor verzekerde aanleiding geeft tot het recht van vrije advocaatkeuze.

Ten tweede valt op de passage waar de A-G overweegt (hiervoor reeds geciteerd):

‘4.21.1 Ook overigens overtuigt het onder 4.19 weergegeven standpunt [dat vrije advocaatkeuze eerst aan de orde is als er een noodzaak is een advocaat in te schakelen, DBH] niet. Niet alleen is er geen enkele steun voor te vinden (die wordt dan ook niet genoemd), maar omhelzing ervan zou in feite de doodsteek betekenen voor de interpretatie van de Richtlijn, zoals verwoord door het HvJ EU. Het hier besproken standpunt van DAS komt er immers op neer dat de vrije advocatenkeuze zou kunnen worden verhinderd door het stilzitten van rechtsbijstandverzekeraars zonder dat de verzekerde daarop enige invloed kan uitoefenen.<sup>(46)</sup><sup>389</sup>

Deze gevolgtrekking lijkt mij niet geheel juist, dat het aanknopen ter zake het vrije advocaatkeuzerecht bij de noodzaak van het inschakelen van een externe advocaat (of andere rechtshulpverlener) kan leiden tot stilzitten van de verzekeraar, zonder dat daartegen iets wordt ingebracht. In de eerste plaats staan verzekerden immers de gebruikelijke middelen van het burgerlijke recht ten dienste om rechtsbijstandverzekeraars aansprakelijk te stellen of tot nakoming te dwingen als zij niet genegen zijn om een procedure te starten, al dan niet zelf of daarvoor voor verzekerde een externe rechtshulpverlener inschakelen.

Ten tweede kan juist daarvoor de geschillenregeling van artikel 4:68 Wft en 6 Richtlijn 87/344/EEG door verzekerde worden angewend als een geschil over de te volgen gedragslijn ten grondslag ligt aan het stilzitten van verzekeraar.

389. Conclusie A-G-Spier (*Sneller/DAS*), r.o. 4.21.1.

Ten derde kan ook naar huidig recht, in het licht van de uitspraak inzake Sneller van het HvJ EU dezelfde impasse optreden. Deze treedt dan echter reeds op een eerder moment op. Het gaat ná de rechtspraak inzake Sneller niet om het moment van inschakelen van een externe advocaat maar om het moment waarop een procedure wordt gestart. Een ruimere uitleg van het vrije advocaatkeuzerecht leidt hier dus tot een verplaatsing van dit issue. Slechts in geval van de toepassing van de kostenverzekering van artikel 3 lid 2 onder c Richtlijn 87/344/EEG kan daadwerkelijk worden verzekerd dat verzekerde de beschikking heeft op het moment van inschakeling van de advocaat of andere rechtshulpverlener van diens keuze.

Ik bespreek verder de maatschappelijke overwegingen die de A-G wijdt aan het vrije advocaatkeuzerecht en rechtsbijstandverzekeraars. De A-G ziet plaats om het debat te richten op de maatschappelijke gevolgen van een verruiming van het vrije advocaatkeuzerecht maar de onderhavige cassatieprocedure is volgens hem niet het aangewezen platform:

‘4.27.1 Dit neemt niet weg dat in de toekomst een voldoende klemmende grond zou kunnen bestaan om wél prejudiciële vragen te stellen wanneer:

- a. het redelijkerwijs onmogelijk zou zijn om dekkingstechnische oplossingen te vinden voor de bestaande situatie, indien deze tot grote moeilijkheden aanleiding zou geven;
- b. redelijkerwijs mogelijke verzekeringstechnische oplossingen slechts zouden kunnen worden geboden tegen premies die op zich, of gelet op de markt voor rechtsbijstandverzekeringen, maatschappelijk niet haalbaar zijn. Ik wil thans niet vooruitlopen op nadere uitwerking van het maatschappelijk haalbare, al was het maar omdat daarover in abstracto niet veel zinnigs valt te zeggen.

4.27.2 Opmerking verdient dat het in casu gaat om een kort gedingprocedure. Alleen al daarom behoeft een door Uw Raad in deze zaak te wijzen arrest in een latere bodemprocedure geen beletsel te zijn om op basis van nader aan te dragen argumenten, indien behoorlijk onderbouwd, alsnog prejudiciële vragen te stellen.

4.28.1 Kort en goed: in deze procedure is niet de informatie beschikbaar gekomen die m.i. nodig is voor een zinvolle afweging en om het erop te wagen bij het overbelaste HvJ EU in feite naar de bekende weg te vragen.

4.28.2 Hoewel het antwoord daarop uiteindelijk aan dat Hof van Justitie is, zou ik me kunnen voorstellen dat het bereid zou zijn eerdere rechtspraak te nuanceren wanneer duidelijk zou zijn/worden dat deze eerdere rechtspraak in feite de doodsteek zou zijn voor het fenomeen rechtsbijstandverzekeringen. Immers staat voor mij als een paal boven water dat dit laatste niet de bedoeling van de Richtlijn is geweest. Er is geen grond aan te nemen dat het HvJ EU rechtsbijstandverzekeringen geen goed hart toedraagt.

4.29 In een eventuele nieuwe procedure (met eventueel als inzet een verklaring voor recht) is m.i. werkelijk noodzakelijk om open kaart te spelen, inzicht te geven in de redenen waarom wordt aangenomen dat het huidige stelsel onbetaalbaar is (geworden), uit te leggen welke systemen in andere EU-landen bestaan en waarom deze in Nederland geen haalbare kaart zijn. Dergelijke informatie zou in een zodanig stadium van de procedure moeten worden ingebracht dat daarover een inhoudelijk debat kan ontstaan. Losse en niet met stukken gestaafde stellingen zullen allicht weinig indruk maken op de (EU) rechter. Ik benadruk dit omdat zulks, naar de ervaring leert, voor litiganten en hun professionele rechtshulpverleners niet voor zich lijkt te spreken.<sup>390</sup>

De A-G benadrukt mijns inziens terecht dat het voor een volledig beeld van het HvJ EU in deze gevoelige kwestie van belang is dat representatieve en betrouwbare gegevens omtrent het karakter van de Nederlandse rechtsbijstandverzekeraar ter tafel komen. Immers, daarmee kan pas een reëel beeld worden verkregen voor de mogelijke gevolgen voor *alle* rechtsbijstandverzekerden van een ruimere uitleg van het vrije advocaatkeuzerecht dan voorheen het geval was. Echter zo is niet geschied; de Hoge Raad heeft ter zake prejudiciële vragen gesteld en het is niet waarschijnlijk dat in de tussentijd tot aan het presenteren door DAS van de zaak bij het HvJ EU wel afdoende representatieve gegevens aan het hof zijn verstrekt om een representatief en toereikend beeld te krijgen van de gevolgen van een ruime uitleg van het recht van vrije advocaatkeuze.

## 8.6 **Sneller-arrest HvJ EU**

Naar aanleiding van de bij arrest van 28 september 2012 van de HR is de zaak met de prejudiciële vragen verwezen naar het HvJ EU. Nadien zijn van de zijde van DAS, de Oostenrijkse regering, de Italiaanse regering en de Europese Commissie schriftelijke opmerkingen ingediend bij het hof. Op 19 september 2013 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden. Op 7 november 2013 heeft het HvJ EU arrest gewezen.<sup>391</sup>

Het HvJ EU heeft in het arrest *Sneller* een ruime uitleg gegeven aan het vrije advocaatkeuzerecht van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG en toegepast op de onderhavige praktijk van Nederlandse rechtsbijstandverzekeraars. Het hof is ingegaan op de juridische probleemstelling evenals de kwestie van de maatschappelijke gevolgen van een ruime advocaatkeuze, in de vorm van premiestijging. De interpretatie van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG van het hof past grotendeels in de sleutel van het *Eschig*-arrest. Het hof verwerpt daartoe eerst een (enkele) grammaticale lezing van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG:

‘19 In dat verband blijkt volgens DAS uit de passieve vorm in de uitdrukking, indien een advocaat (...) wordt gevraagd’ in artikel 4, lid 1, sub a, van richtlijn 87/344, die ook in de Duitse, de Engelse en de Franse taalver-

390. Conclusie A-G-Spier (*Sneller/DAS*), r.o. 4.27.1-4.29.

391. HvJ EU 7 november 2013, C-442/12, ECLI:EU:C:2013:717 (*HvJ EU Sneller/DAS*).

sie van deze bepaling voorkomt, dat hierin niet is vastgesteld of het in een procedure aan de verzekeraar of de verzekeringnemer is om te beoordelen of het noodzakelijk is een beroep te doen op een externe rechtsbijstandverlener. Daaruit volgt dat het DAS vrijstaat deze kwestie in haar verzekeringsovereenkomsten te regelen, nu deze bepaling kan worden opgevat als, indien [de verzekeraar besluit dat] een advocaat [moet worden] gevraagd (...), [is] de verzekerde vrij (...) om deze advocaat (...) te kiezen’.

20 Een dergelijke restrictieve uitlegging van artikel 4, lid 1, sub a, van richtlijn 87/344 kan niet worden aanvaard.

21 In de eerste plaats kan de reikwijdte van de zinsnede, indien een advocaat (...) wordt gevraagd (...), [is] de verzekerde vrij (...) om deze advocaat (...) te kiezen” niet bij enkele lezing van artikel 4, lid 1, sub a, van richtlijn 87/344 worden bepaald. Voor de uitlegging van een bepaling van Unierecht moet echter niet enkel rekening worden gehouden met de bewoordingen ervan, maar ook met de context en de doelstellingen die de regeling waarvan zij deel uitmaakt, nastreeft (arrest *Eschig*, reeds aangehaald, punt 38).<sup>392</sup>

Dat het HvJ EU niet enkel acht slaat op de letterlijke lezing van de relevante bepaling mag om twee redenen niet verbazen. Ten eerste is in deze kwestie discussie gerezen over de lezing van de tekst van het artikel, ‘indien een advocaat of andere persoon die volgens het nationaal recht kwalificeert, wordt gevraagd (...)’, waarbij de bewoordingen een ambigue karakter hebben. Zonder een duidelijke context is niet helder wie *vraagt* en of het hier om een interne of externe advocaat of ‘andere persoon’ gaat. Ten tweede, en niet minder belangrijk, slaat het hof veelal acht op de context en bedoeling van de bepaling en relevante regelgeving (zie paragraaf 8.3 hiervoor). Dit wordt pregnanter nu de tekst voor meerderlei uitleg vatbaar is. Derhalve verwijst het hof inzake *Sneller* naar de context en doelstelling van de regeling, Richtlijn 87/344/EEG, met verwijzing naar het *Eschig*-arrest.

Het hof beantwoordt de vraag naar de strekking van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG voornamelijk aan de hand van de preambule, elfde overweging:

‘22 In dat verband zij opgemerkt dat blijkens zowel de elfde overweging van de considerans van richtlijn 87/344 als artikel 4, lid 1, ervan het belang van de voor rechtsbijstand verzekerde inhoudt dat deze in het kader van gerechtelijke of administratieve procedures zelf zijn advocaat moet kunnen kiezen of elke andere persoon met kwalificaties die door het nationale recht worden erkend (arrest *Stark*, reeds aangehaald, punt 28).’

Waar in de elfde overweging van de preambule immers onomwonden staat ‘dat het belang van de voor rechtsbijstand verzekerde inhoudt dat deze zelf zijn advocaat moet kunnen kiezen of elke andere persoon met de kwalificaties die door het nationale recht worden toegestaan in het kader van gerechtelijke of administratieve

392. HvJ EU (*Sneller/DAS*), r.o. 21.

procedures (...)’, lost echter de tekst van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG deze kwestie van uitleg niet op. Uit de eerder geciteerde passages van het arrest blijkt immers dat een enkele lezing van de bepaling niet tot een eenduidige uitleg van de inhoud leidt. Mijns inziens mag ervan worden uitgegaan dat het hof hier bedoelt dat het vrije advocaatkeuzerecht ter zake gerechtelijke en administratieve procedures een garantie inhoudt die zich niet leent voor beperkingen, zoals in de procedure door DAS betoogd.

Het hof vervolgt, aan de hand van een teleologische en systematische interpretatie, met de doelstelling van Richtlijn 87/344/EEG zoals hij deze in *Eschig* heeft ontleed. Deze doelstelling leent zich volgens het Hof niet voor een restrictieve uitlegging:

‘24 In de tweede plaats moet worden vastgesteld, zoals de Europese Commissie aanvoert, dat de doelstelling die door richtlijn 87/344 en inzonderheid artikel 4 ervan wordt nagestreefd, namelijk de belangen van de verzekerden ruim te beschermen (zie in die zin arrest *Eschig*, reeds aangehaald, punt 45), niet verenigbaar is met een restrictieve uitlegging van artikel 4, lid 1, sub a, van deze richtlijn, zoals door DAS bepleit.

25 In dat verband moet eraan worden herinnerd dat artikel 4, lid 1, van richtlijn 87/344 met betrekking tot de vrije keuze van de rechtshulpverlener een algemene strekking en een bindend karakter heeft (zie arresten *Eschig*, punt 47, en *Stark*, punt 29).<sup>393</sup>

Het HvJ EU heeft geen noodzaak gezien om specifiek in te gaan op de gevolgen van een ruime uitlegging van het vrije advocaatkeuzerecht en de gevolgen voor de Nederlandse praktijk. Allicht in de eerste plaats omdat dit een nationale aangelegenheid is die hem niet aangaat. Zoals in paragraaf 8.3 besproken, gaat het hof bovenal over de uitleg van de bestreden bepaling van Europees recht en niet over de praktische uitwerking van het Europese recht en de gevolgen voor de lidstaat. Daarnaast heeft het hof waarschijnlijk geen aanknopingspunten gehad, in de vorm van voldoende representatieve en betrouwbare gegevens omtrent een eventuele premiestijging, om in concreto vanuit een proportionaliteitsbenadering daarover een uitspraak te doen.<sup>394</sup> In algemene zin overweegt het hof, in lijn met de arresten *Eschig* en meer in het bijzonder *Stark*, dat beperkingen kunnen worden gesteld ten aanzien van de voor de rechtshulpverlener door de rechtsbijstandverzekeraar te vergoeden kosten:

‘26 In de derde plaats moet met betrekking tot de kwestie van de hoogte van de verzekeringspremies worden gepreciseerd dat de verschillende manieren waarop de verzekerde zijn recht op vrije keuze van rechtshulpverlener kan uitoefenen, niet uitsluiten dat in bepaalde gevallen beperkingen kunnen worden gesteld aan de kosten die door de verzekeraars worden vergoed.

393. HvJ EU (*Sneller/DAS*), r.o. 26-26.

394. In het EU-recht kan door het HvJ EU vanuit proportionaliteitsoogpunt, ook ten aanzien van EU-regelgeving, beperkingen worden aangelegd of een uitleg worden gehanteerd die de gevolgen van een bepaalde regel afzwakken. Zie Lasok & Millett 2004, nr. 595-598.

27 Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof betekent de keuzevrijheid in de zin van artikel 4, lid 1, van richtlijn 87/344 niet dat de lidstaten in elk geval aan de verzekeraars de volledige dekking van de kosten van de verdediging van een verzekerde moeten opleggen, voor zover deze vrijheid niet van haar inhoud wordt beroofd. Dat zou het geval zijn indien het door de beperking van de vergoeding van deze kosten voor de verzekerde in de praktijk onmogelijk werd, een redelijke keuze te maken wat zijn vertegenwoordiger betreft. In ieder geval staat het aan de dienaangaande eventueel aangezochte nationale rechterlijke instanties om na te gaan of sprake is van zodanige beperking (zie in die zin arrest Stark, punt 33).<sup>395</sup>

De laatstgenoemde passages betreffen een herhaling van de kernoverweging uit *Stark*, waarin het hof reeds had overwogen dat de kwestie van de omvang van de dekking van kosten in Richtlijn 87/344/EEG niet is geregeld. Beperkingen te dien aanzien zijn geoorloofd, mits de garantie van artikel 4 en het recht van vrije advocaatkeuze wordt gehandhaafd. Het keuzerecht mag derhalve niet van zijn inhoud worden beroofd.

Het hof geeft wat betreft de mogelijke kostenbeperkingen slechts een abstracte fingerwijzing, welke de nationale rechter dient te gebruiken in de uitleg van artikel 4 Richtlijn 87/344/EEG. De nationale rechter dient na te gaan of in een voorkomend geval de vergoeding van kosten toereikend is om een 'redelijke keuze' voor een rechtshulpverlener te maken. Hoewel het allicht is te betreuren dat het hof geen ruimere toelichting geeft op dit punt, dient te worden beseft dat de hoogte van een redelijke vergoeding sterk verweven zal zijn met nationale aspecten en de aard van de zaak, zoals de gemiddelde hoogte van advocaattarieven, vereisten van procesvertegenwoordiging, complexiteit van de procedure, etc.

## 8.7 Opmerkingen naar aanleiding van het *Sneller*-arrest

Hiervoor heb ik het arrest *Sneller* samengevat en toegelicht. In deze paragraaf reflecteer ik uitgebreid over hoe het verruimde recht van vrije advocaatkeuze en het arrest *Sneller* zich verhouden tot Richtlijn 87/344/EEG. Daarbij zal ik verruiming van de keuzevrijheid in enkele subparagrafen ook in een breder perspectief plaatsen, met het oog op andere verwante Europeesrechtelijk ingekleurde vrijheden, namelijk de gefinancierde rechtshulp en de vrije artskenkeuze. Aan het slot van deze paragraaf bespreek ik of het arrest *Sneller* mijns inziens de Europese motiverings- en proportionaliteitstoest doorstaat.

Het hof neemt in het arrest mijns inziens terecht tot uitgangspunt dat de strekking van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG niet bij enkele lezing kan worden vastgesteld. Immers, niet duidelijk wordt *wie* de advocaat of andere persoon met voldoende kwalificaties verzoekt om bijstand aan verzekerde in een gerechtelijke of administratieve procedure: verzekeraar of verzekerde. Daarmee kan tevens niet worden verklaard of het verzoek *in ruime of enge zin* moet worden opgevat. Daarnaast zijn er verschillende taalversies van de richtlijn die geen eenduidige bewoordingen

395. HvJ EU (*Sneller/DAS*), r.o. 26-27.

bevatten. Het hof vervolgt dan ook met andere uitlegmethoden om de strekking van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG te achterhalen.

Het HvJ EU heeft vervolgens aan de hand van een teleologische en systematische uitlegmethode, overeenkomstig hij deed in het arrest *Eschig*, de strekking van het vrije advocaatkeuzerecht in artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG herleid. Het hof slaat immers vooral acht op de context en de doelstellingen van Richtlijn 87/344/EEG. Daarbij lijkt het hof het meeste gewicht te hebben gegeven aan de elfde overweging van de preambule:

‘Overwegende dat het belang van de voor rechtsbijstand verzekerde inhoudt dat deze zelf zijn advocaat moet kunnen kiezen of elke andere persoon met de kwalificaties die door het nationale recht worden toegestaan in het kader van gerechtelijke of administratieve procedures en telkens wanneer er zich een belangenconflict voordoet;’

Daaraan en aan de systematiek van de richtlijn ontleent het hof dat de belangen van verzekerden ruim moeten worden beschermd, zonder dat die bescherming direct wordt gerelateerd aan de mogelijkheid van een belangenconflict.

De preliminaire overwegingen van het hof zijn op zichzelf beschouwd volledig juist, maar bieden mijns inziens geen inzichten ter beantwoording van de centrale rechtsvraag die voorligt in kwestie van Sneller versus rechtsbijstandverzekeraar DAS Nederlandse Rechtsbijstandverzekeringsmaatschappij. In de zaak *Eschig* was bovendien reeds sprake van een besluit van verzekeraar en verzekerde tot uitbesteding van het dossier aan een externe rechtshulpverlener, terwijl in de zaak *Sneller* juist de vraag was of dit besluit wel vereist is voor intreden van het recht van vrije advocaatkeuze.

Doordat het HvJ EU in het *Sneller*-arrest een recht op vrije advocaatkeuze heeft vastgesteld *steeds als sprake is van een procedure*, heeft hij in Richtlijn 87/344/EEG een zelfstandig recht op dekking van externe kosten voor een rechtshulp ingelezen dat niet meer is overgelaten aan de wil van partijen bij de verzekeringsovereenkomst. Dit betekent een wezenlijke inbreuk op de contractsvrijheid van rechtsbijstandverzekeraar en verzekerde. Ik breng nog in herinnering dat de lidstaten ten tijde van de totstandkoming van Richtlijn 87/344/EEG een terughoudende positie innamen.<sup>396</sup> Nederland benadrukte dit standpunt met de toelichting van de Nederlandse delegatie in de Groep Economische Vraagstukken:

‘De Nederlandse delegatie stemde in met de door de Commissie voorgestelde tekst. Zij herinnerde eraan dat in haar land de beslissing om een advocaat in te schakelen genomen wordt door de verzekeringsonderneming, waarbij de verzekerde zijn eventueel afwijkend inzicht naar voren kan brengen in een geschillenregeling. Een ander systeem, waarbij de verzekerde bijvoorbeeld op elk door hem gewenst ogenblik een advocaat

396. Zie paragraaf 6.4.2.2.

zou kunnen kiezen, zou de kosten van de betrokken verzekering drastisch en onaanvaardbaar verhogen.<sup>397</sup>

Derhalve lijken richtlijnshistorie en de lezing van het HvJ EU haaks op elkaar te staan. Het valt daarom naar mijn mening te betreuren dat het HvJ EU geen (althans onvoldoende) acht heeft geslagen op de wetshistorie van Richtlijn 87/344/EEG door de travaux préparatoires kenbaar in zijn beoordeling te betrekken. Ik besprak hiervoor in paragraaf 8.3 dat het hof hiervoor ruimte heeft, vooral aangaande de richtlijnvoorstellen van de Europese Commissie. Deze voorstellen duiden er reeds op dat in Richtlijn 87/344/EEG beoogd is om een verzekerden een keuzerecht te bieden voor de situatie *dat* een externe advocaat wordt ingeschakeld, zonder dat daarmee een zelfstandig recht tot het mogen inschakelen van een externe rechtshulpverlener is geschapen.

Gezien de tekst van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG ambigue is — het laat immers meerdere mogelijke interpretaties naast elkaar bestaan — had het HvJ EU acht kunnen slaan op de documenten van de Groep Economische Vraagstukken en standpuntbepalingen van de Europese Commissie en Raad via interpretatieve verklaringen (zie hoofdstuk 6.4). Allicht is het hof niet (voldoende duidelijk) gewezen in de richting van het bestaan van standpunten in die documenten die op een andere uitleg van het recht van vrije advocaatkeuze wijzen. Gegeven is dat een ruime uitleg van het recht van vrije advocaatkeuze is gecreëerd dat zich slecht verhoudt met het recht dat de lidstaten, en dan met name de Nederlandse lidstaat, voor ogen hadden.

In dit licht is de conclusie van A-G Trstenjak bij het *Eschig*-arrest, over het normatieve gehalte van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG illustratief:

‘83. Verder heb ik ernstige twijfels of artikel 4, lid 1, sub a, van richtlijn 87/344 als te ruim geformuleerd kan worden aangemerkt.

84. In de eerste plaats is het normatieve gehalte van artikel 4, lid 1, sub a, van richtlijn 87/344 beperkt. Deze bepaling schrijft enkel voor dat er een recht op vrije keuze van de rechtshulpverlener bestaat, indien een rechtshulpverlener wordt gevraagd de belangen van de verzekerde in een gerechtelijke of administratieve procedure te verdedigen, te vertegenwoordigen of te behartigen. Zij bepaalt daarentegen niets over de voorwaarden waaronder de rechtsbijstandverzekerde zich jegens zijn rechtsbijstandverzekeraar kan beroepen op een recht op inschakeling van een rechtshulpverlener. Bijgevolg vloeien deze voorwaarden voort — behoudens andere relevante gemeenschapsrechtelijke of nationale bepalingen — uit de met betrekking tot de rechtsbijstandverzekering gesloten overeenkomst.<sup>398</sup>

397. SURE 13/86, p. 6.

398. Conclusie van A-G Trstenjak van 14 mei 2009 voorafgaand aan HvJ EU (*Eschig/UNIQA*), ECLI:EU:C:2009:310.



Het wordt mij niet duidelijk wat zij bedoeld heeft met ‘de voorwaarden waaronder’ de rechtsbijstandverlener wordt ingeschakeld. Nu zij spreekt van een *beperkt normatief gehalte* van de bepaling, komt het mij voor dat zij hier bevestigde dat in de bepaling niet besloten ligt dat partijen bij de rechtsbijstandverzekeringsovereenkomst een verplichte inschakeling van een externe rechtshulpverlener en dekking van diens kosten tegen zich moeten laten gelden (tegen een eventueel corresponderende hogere premie). Het lijkt mij dan ook waarschijnlijker dat zij hier bedoelde dat het recht van vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG in normatieve zin slechts gekoppeld is aan het moment *dat* in het kader van een gerechtelijke of administratieve procedure is besloten tot inschakeling van een externe rechtshulpverlener. Externe kosten moeten dan immers sowieso worden gemaakt door rechtsbijstandverzekeraar.

Door het HvJ EU wordt de keuzevrijheid van verzekerden echter van middel (tegen belangenconflicten) tot zelfstandig doel (recht van inschakeling van een externe rechtshulpverlener) verheven. Het wordt niet duidelijk welk doel een ruimere keuzevrijheid ingevolge het arrest *Sneller* dient. Uit het arrest, noch uit Richtlijn 87/344/EEG in dat verband, volgt waarom verzekeraar en verzekerde een verplichte dekking ter zake de kosten van een gekozen rechtshulpverlener tegen zich moeten laten gelden. Een dergelijke verplichte dekking is niet zonder meer in het belang is van (alle) rechtsbijstandverzekerden. Een dergelijke keuzevrijheid zal immers door middel van hogere premies worden betaald.

Deze verruimde keuzevrijheid is dus twijfelachtig. Gezien de nieuwe vragen die uitleg van het HvJ EU oproept, vervolg ik hieronder met een vergelijking van de reikwijdte van het recht van vrije advocaatkeuze met eerst de gefinancierde rechtshulp in Europees kader en daarna met de vrije artskenkeuze (oftewel ‘vrije keuze van zorgverlener’).

#### 8.7.1 **Intermezzo 1: gefinancierde rechtsbijstand – effectieve toegang tot het recht versus vrije advocaatkeuze**

Ik maak hier allereerst een uitstap naar het Europeesrechtelijk kader van de gefinancierde rechtshulp. Omdat het daarbij eveneens gaat om een keuze van een rechtszoekende voor een rechtshulpverlener, zou het voor de hand liggen dat het HvJ EU in het arrest *Sneller* de ruime mate van keuzevrijheid zou baseren op een bestaand Europees beginsel van vrije advocaatkeuze. Een dergelijk beginsel zou immers kunnen bestaan in verband met de toegang tot het recht. Dit blijkt niet het geval: een universeel en absoluut recht van vrije advocaatkeuze bestaat niet naar Europees recht.

Enkele artikelen uit EU-verdragen regelen de verplichtingen rondom de gefinancierde rechtsbijstand: artikel 6 lid 3 onder c EVRM en artikel 47 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (‘het EU-Handvest’).<sup>399</sup> Deze verdragen bevatten

399. Artikel 47 EU-Handvest heeft uitdrukkelijk een ruimer bereik dan artikel 6 EVRM, zie artikel 52 lid 3 van het EU-Handvest.

normen welke onder meer geadresseerd zijn aan een (lid)staat.<sup>400</sup> Ik bespreek hieronder in hoeverre op grond van deze artikelen een recht van vrije advocaatkeuze moet worden gegarandeerd voor burgers van de lidstaten.

Artikel 6 lid 3 onder c EVRM ziet strikt op het recht op rechtsbijstand wanneer er sprake is van een strafrechtelijke vervolging. Artikel 14 IVBPR bevat een bepaling die eveneens van toepassing is op een strafrechtelijke vervolging. Bij een *strafrechtelijke procedure* geldt niet het procesmonopolie — de verdachte kan zichzelf ook verdedigen — echter bij bijstand in een strafrechtelijke procedure zal enkel de advocaat hem mogen verlenen.<sup>401</sup>

Artikel 47 van het EU-Handvest bevat een bepaling die zuiver gericht is tegen de lidstaat. De bepaling ziet blijkens de tekst enkel op rechtshulp met betrekking tot geschillen waarin de werking van het EU-recht in het geding is en wordt derhalve niet van toepassing buiten het domein van de EU, in strikt nationale aangelegenheden. Deze bepaling behelst een inspanningsverplichting van de staat (sociaal grondrecht): van een EU-lidstaat wordt in Europeesrechtelijke kwesties verlangd om te faciliteren dat voorzien is in processuele rechtsbijstand. Het gaat derhalve om een voorziening ten behoeve van de goede werking van een rechtsstaat (een beginsel). Naar zijn aard kan een dergelijke verplichting niet door middel van (indirecte) horizontale werking worden afgewenteld op een verzekeraar.<sup>402</sup> Ten slotte is hier wat betreft het EU-Handvest van belang dat aangeknoopt wordt bij de uitleg van vergelijkbare bepalingen in het EVRM (zie artikel 52 EU-Handvest).

In het kader van artikel 47 EU-Handvest geldt de toets die het HvJ EU heeft uiteengezet in het arrest *DEB*.<sup>403</sup> Wanneer het EU-recht derhalve een rol speelt in het onderliggende geding waarvoor rechtszoekende een beroep doet op gefinancierde rechtsbijstand (of vergoeding daartoe), is volgens het HvJ EU het criterium:

‘60. Dienaangaande is het aan de nationale rechter om na te gaan of de voorwaarden voor verlening van rechtsbijstand een beperking vormen van het recht op toegang tot de rechter die dit recht in zijn kern aantast, of met die voorwaarden een legitiem doel wordt nagestreefd en of er een redelijke verhouding bestaat tussen de gebruikte middelen en het beoogde doel.

61. In het kader van deze beoordeling kan de nationale rechter het voorwerp van het geschil, de redelijke kans van slagen van de verzoeker, het belang van de zaak dat voor deze op het spel staat, de complexiteit van het toepasselijke recht en van de toepasselijke procedure, alsmede het vermogen van de verzoeker daadwerkelijk zijn verdediging op zich te nemen, in de overwegingen betrekken. Voor de evenredigheidsbeoordeling kan de nationale rechter tevens rekening houden met de hoogte van de

400. Artikel 51 lid 1 EU-Handvest.

401. Artikel 37 Wetboek van Strafvordering.

402. Zie Barkhuysen & Bos 2011, p. 9.

403. HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811 (*EB – Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft*).

proceskosten die moeten worden voorgeschoten en met de vraag of deze mogelijk een al dan niet onoverkomelijk obstakel voor de toegang tot de rechter vormen.’

Ook de nationale rechter heeft in het kader van de gefinancierde rechtshulp vastgesteld dat niet zonder meer een recht van vrije advocaatkeuze geldt, hetgeen strookt met het voornoemde beeld van de Europeesrechtelijke situatie. Dit werd in 2015 bevestigd door de Raad van State in een zaak van een burger tegen het bestuur van de Raad van de Rechtsbijstand.<sup>404</sup> De raad overwoog daartoe dat het recht om een advocaat te kiezen niet absoluut is maar *effectief moet zijn*. Dit betekent volgens de raad dat de staat aan haar verplichtingen heeft voldaan wanneer een burger toegang heeft tot de bij de Raad van de Rechtsbijstand ingeschreven advocaten en daaruit een keuze kan maken. In oudere rechtspraak oordeelde het EHRM inderdaad dat het recht om een rechtshulpverlener te kiezen bij gefinancierde rechtshulp onderhevig kan zijn aan beperkingen:

‘54. It is true that Article 6 § 3 (c) entitles an accused to be defended by counsel “of his own choosing”. Nevertheless, and notwithstanding the importance of a relationship of confidence between lawyer and client, this right cannot be considered to be absolute. It is necessarily subject to certain limitations where free legal aid is concerned. When appointing defense counsel the courts must certainly have regard to the accused’s wishes but these can be overridden when there are relevant and sufficient grounds for holding that this is necessary in the interests of justice (see the Croissant v. Germany judgment cited above, p. 33, § 29).’<sup>405</sup>

Later dat jaar sprak ook het EHRM zich in de zaak *Dvorski tegen Kroatië* uit over de advocaatkeuze van een rechtszoekende, zulks in verband met een strafrechtelijke vervolging in het kader van artikel 6 lid 3 onder c.<sup>406</sup> In deze uitvoerige uitspraak begint het hof met de uiteenzetting van het belang van een keuze voor een raadsman, zulks in het belang van de vertrouwensrelatie tussen raadsman en verdachte:

‘(...) The Court has also recognised that an accused often finds himself in a particularly vulnerable position at that stage of the proceedings, and in most cases this can only be properly compensated for by the assistance of a lawyer, whose task is, among other things, to help to ensure that the right of an accused not to incriminate himself is respected (ibid., § 54; see also Pavlenko v. Russia, no. 42371/02, § 101, 1 April 2010).

78. In such circumstances, the Court considers it important that from the initial stages of the proceedings, a person charged with a criminal offence who does not wish to defend himself in person must be able to have recourse to legal assistance of his own choosing (for more detailed reasoning see *Martin v. Estonia*, no. 35985/09, §§ 90 and 93, 30 May 2013). (...)’<sup>407</sup>

404. Raad van State 21 januari 2015, 201405096/1/A2.

405. EHRM 14 januari 2003, no. 26891/9 (*Lagerblom/Zweden*), r.o. 54.

406. EHRM 20 oktober 2015, no. 25703/11 (*Dvorski/Kroatië*), r.o. 111.

407. Idem, r.o. 77-78.

Daarop tekent het hof vervolgens aan:

‘79. Notwithstanding the importance of the relationship of confidence between a lawyer and his client, this right is not absolute. It is necessarily subject to certain limitations where free legal aid is concerned and also where it is for the courts to decide whether the interests of justice require that the accused be defended by counsel appointed by them (see *Croissant v. Germany*, 25 September 1992, § 29, Series A no. 237-B). The Court has consistently held that the national authorities must have regard to the defendant’s wishes as to his or her choice of legal representation, but may override those wishes when there are relevant and sufficient grounds for holding that this is necessary in the interests of justice (*ibid.*, § 29; see also *Meftah and Others v. France* [GC], nos. 32911/96, 35237/97 and 34595/97, § 45, ECHR 2002-VII; *Mayzit v. Russia*, no. 63378/00, § 66, 20 January 2005; *Klimentyev v. Russia*, no. 46503/99, § 116, 16 November 2006; *Vitan v. Romania*, no. 42084/02, § 59, 25 March 2008; *Pavlenko*, cited above, § 98; *Zagorodniy v. Ukraine*, no. 27004/06, § 52, 24 November 2011; and *Martin*, cited above, § 90). Where such grounds are lacking, a restriction on the free choice of defense counsel would entail a violation of Article 6 § 1 together with paragraph 3 (c) if it adversely affected the applicant’s defense, regard being had to the proceedings as a whole (*ibid.*, § 31; see also *Meftah and Others*, cited above, §§ 46-47; *Vitan*, cited above, §§ 58-64; *Zagorodniy*, cited above, §§ 53-55; and *Martin*, cited above, §§ 90-97).<sup>408</sup>

In het licht van een strafrechtelijke vervolging, derhalve in verband met artikel 6 lid 3 onder c EVRM, hecht het EHRM aan het recht van vrije advocaatkeuze. Het hof slaat daarbij vooral acht op de bijzonderheid van de situatie van de (strafrechtelijke) vervolging van de rechtszoekende: *particularly vulnerable position at that stage of the proceedings, and in most cases this can only be properly compensated for by the assistance of a lawyer, whose task is, among other things, to help to ensure that the right of an accused not to incriminate himself is respected.*<sup>409</sup>

Dit recht is echter — ook bij strafrechtelijke vervolging van de rechtszoekende — onderhevig aan de nationale beperkingen die worden gewettigd door de aard van de gefinancierde rechtshulp en het belang van de goede justitie. In het licht van de hiervoor aangehaalde jurisprudentie van de Raad van State voldoet lidstaat Nederland aan de verplichtingen inzake gefinancierde rechtshulp, waar voorzien is in een aanbod van bij de Raad van de Rechtsbijstand ingeschreven advocaten die moeten voldoen aan kwaliteits- en vakbekwaamheidseisen.

Aan de hand van de hierboven weergegeven bepalingen van Unierecht en rechtspraak moet dus worden geconcludeerd dat een onvoorwaardelijk recht op vrije advocaatkeuze ten aanzien van gefinancierde rechtsbijstand naar Europees en

408. Idem, r.o. 79.

409. EHRM 20 oktober 2015, no 25703/11 (*Dvorski/Kroatië*), r.o. 77, hiervoor geciteerd.

Nederlands recht niet bestaat. Bij een strafrechtelijke vervolging maakt een rechtszoekende een aanspraak op een recht van vrije advocaatkeuze, echter binnen de nationale beperkingen die gepaard gaan met gefinancierde rechtsbijstand (een *relatief* recht op vrije advocaatkeuze). Buiten het strafrecht en de strafrechtelijke vervolging is het recht op rechtsbijstand en vrije advocaatkeuze ontegenzeggelijk aanzienlijk beperkter, zo niet geheel afwezig. Waar een uitleg van Europees recht in het geding is, bleek aan de hand van het arrest *DEB* dat aan de hand van diverse factoren (waaronder het voorwerp van geschil, de belangen daarbij van rechtszoekende en de ingewikkeldheid van de zaak) dient te worden getoetst of rechtszoekende een recht op gefinancierde rechtsbijstand heeft. Het recht van vrije advocaatkeuze is in het kader van artikel 47 EU-Handvest ook navenant beperkter, daar het argument van de vertrouwensrelatie met de advocaat niet in gelijke mate opgeld doet als in geval van een strafrechtelijke vervolging, zoals in de zaak *Dvorski* tegen Kroatië door het EHRM het geval was.

De slotsom is dat het recht om een rechtsbijstandverlener te kiezen van rechtswege veel *beperkter* is dan onder de rechtsbijstandverzekering. De terreinen waarin een recht van vrije advocaatkeuze opgeld zou kunnen doen, zijn beperkt tot een strafrechtelijke vervolging (artikel 6 lid 3 EVRM) en de werking van het EU-recht (artikel 47 EU-Handvest). Daarbuiten is een en ander niet Europeesrechtelijk geregeld en voorbehouden aan de regelgevende bevoegdheden van de lidstaten. Verder zijn bij de gefinancierde rechtsbijstand wezenlijke beperkingen toegestaan op het recht van vrije advocaatkeuze. In welke mate, is afhankelijk van de belangen van goede justitie ('interest of justice') en de positie van rechtszoekende (immers een strafrechtelijke vervolging brengt kennelijk een meer precair belang mede voor rechtszoekende). Ten slotte dient onder artikel 47 EU-Handvest een afweging te worden gemaakt van alle relevante factoren, om eerst te beoordelen of rechtszoekende een noodzaak heeft voor rechtsbijstand, terwijl de mate van keuzevrijheid daarbij nog niet in de toets betrokken is. Resumerend heeft een rechtszoekende binnen de grenzen van het Unierecht bovenal recht op effectieve rechtsbijstand in plaats van een ruime keuzevrijheid. Dit staat in schril contrast met de vigerende, zeer ruime, uitleg van het recht van vrije advocaatkeuze onder de rechtsbijstandverzekering.

#### 8.7.2 Intermezzo 2: de zorgverzekering en de vrije artsenkeuze

Een tweede parallel die bespreking verdient, is die met de zorgverzekering en de vrije artsenkeuze. Ook hier gaat het om een maatschappelijk hooggewaardeerde keuzevrijheid. Bij de zorgverzekering is het doel dan wel anders — zorg in plaats van rechtsbijstand — de verzekeringsrechtelijke constructie is hier hetzelfde: er is sprake van een *private kostenverzekering*. Deze vorm van verzekeren kent dan ook dezelfde problematiek: de onvoorspelbaarheid en beheersing van externe kosten. Meer in het bijzonder speelt hetzelfde spanningsveld tussen keuzevrijheid van verzekerden enerzijds en het legitimiteitsaspect van kostenbeheersing van verzekeraar anderzijds.

Ik zal in deze paragraaf bespreken dat deze keuzevrijheid van verzekerden hier evenwel een wezenlijk andere Europeesrechtelijke grondslag en limitatief karakter heeft. Op grond van Europees recht en de regels van vrij verkeer strekt de keuze-

vrijheid zich slechts uit tot *grensoverschrijdende* zorg. Daarbij respecteert de Europese regelgever bepaalde nationale beperkingen die lidstaten opwerpen op grond van dwingende reden van algemeen belang. Het is enkel de Nederlandse wetgever geweest die de keuze heeft gemaakt om de vrije artskenkeuze algemeen toe te passen, ongeacht de vraag of sprake is van een Europese (grensoverschrijdende) situatie of van een strikt nationale aangelegenheid.

#### 8.7.2.1 *Kostenverzekeringen*

Een vergelijking tussen de zorgverzekering en rechtsbijstandverzekering ligt reeds voor de hand, gezien dat beide verzekeringsvormen eenzelfde constructie bevatten. Beide behelzen een verzekering tegen ontstane kosten: het verzekerd risico betreft een zich vaak over een langere periode uitstrekkende schadelast van opvallende kosten.<sup>410</sup> Als de definities van de beide verzekeringsvormen worden vergeleken, springt een en ander in het oog.

De zorgplicht onder een zorgverzekering luidt sinds invoering van de Zorgverzekeringswet ('Zvw') in 2006:

##### 'Artikel 11

1 De zorgverzekeraar heeft jegens zijn verzekerden een zorgplicht die zodanig wordt vormgegeven, dat de verzekerde bij wie het verzekerde risico zich voordoet, krachtens de zorgverzekering recht heeft op prestaties bestaande uit:

- a. de zorg of de overige diensten waaraan hij behoefte heeft, of
- b. vergoeding van de kosten van deze zorg of overige diensten alsmede, desgevraagd, activiteiten gericht op het verkrijgen van deze zorg of diensten.'

De (zorg)plicht onder een rechtsbijstandverzekering luidt:

'Verleende diensten en gemaakte kosten in het bijzonder met het oog op verhaal van door een verzekerde geleden schade en diens verdediging of vertegenwoordiging, zowel in als buiten rechte (met uitzondering van de werkzaamheden ter verdediging of vertegenwoordiging van een verzekerde die een verzekeraar krachtens een overeenkomst van aansprakelijkheidsverzekering mede in zijn eigen belang verricht).'<sup>411</sup>

Beide soorten verzekeringen voorzien er derhalve in dat na het intreden van het verzekerde risico naast eventueel overeengekomen dekking voor natuurstaprestaties ook te ontstane kosten van te ontvangen zorg althans rechtsbijstand dienen te

410. Naar huidige recht geldt — zoals nog zal blijken — net als bij de rechtsbijstandverzekering dat ook bij een natuurstaprestatie tenminste een minimumkostendekking moet worden geboden indien een verzekerde van zijn vrije keuzemogelijkheid gebruikmaakt.

411. Wet op het financieel toezicht, bijlage branches, onder 17.

worden vergoed.<sup>412</sup> Anders dan bij de klassieke vormen van verzekeringen (opstalverzekering, brandverzekeringen, inboedelverzekering, etc.) bestaat na intreden van het risico niet meteen een kwantificeerbare aanspraak tot een uitkering, waarvan de hoogte eventueel nog moet worden vastgesteld door middel van schadebegroting. Bij kostenverzekeringen treedt na het verzekerde risico een periode in waarin de te vergoeden kosten zich nog moeten uitkristalliseren. Omdat deze kosten grillig en onvoorspelbaar zijn, en zich na het intreden van het verzekerde risico in de invloedssfeer van verzekerde manifesteren, wordt ook wel gesteld dat deze kostenverzekering (mede) een potestatief karakter hebben, wat wil zeggen dat de kostenopbouw onder de verzekering sterk afhankelijk is van het gedrag en de keuzes van verzekerde.<sup>413</sup> Immers, het is verzekerde die het plan van behandeling kiest, of het nu gaat om een zorgbehandeling of rechtsbijstand. De mate van invloed van verzekerde op de opbouw van kosten en bij juridische geschillen ook de opstelling van derde partijen, maakt dat de voortvarendheid en effectiviteit waarmee de behandeling geschiedt en daarmee de kostbaarheid van het traject, onvoorspelbaar en grotendeels aan de invloed van verzekeraar onttrokken is.

#### 8.7.2.2 *Naturaprestaties en kostenvergoedingen*

Ook net als bij de rechtsbijstandverzekering bestaat een decennialange discussie omtrent kostenbeheersing en keuzevrijheid.<sup>414</sup> Hierna zal nog worden gewezen op de Europese jurisprudentie van het HvJ EU inzake het ziekenfonds. Meest recentelijk is de keuzevrijheid van verzekerden centraal komen te staan onder de noemer van de *vrije artskeuze* en het wetsvoorstel van de regering dat beoogde om het hinderpaalcriterium af te schaffen.

Een belangrijke notie is dat in de zorgverzekering net als de rechtsbijstand is voorzien in een tweesporenmodel. De verzekerde prestatie kan zowel bestaan uit dienstlevering *in natura* als in de vergoeding van kosten. Dit onderscheid is terug te voeren op het historische onderscheid tussen ziekenfonds (van overheidswege) en particuliere ziektekostenverzekering.<sup>415</sup> Sinds de invoering van de Zorgverzekeringswet wordt wel onderscheiden in een naturapolis en een restitutiepolis, alsmede in mengvormen daartussen.<sup>416</sup> Met onder meer dit onderscheid tussen naturaverstrekingen en kostenvergoedingen heeft de regering beoogd de marktwerking te bevorderen. In grote lijnen houdt dit in dat verzekeraar volgens het voorgestane model onder de naturapolis door middel van grootschalige selectieve inkoop van zorg een lagere premie kan bedingen, terwijl onder een restitutiepolis keuzevrijheid wordt gegarandeerd, zulks derhalve tegen een hogere premie.<sup>417</sup>

412. Dit kan dus binnen de contractsvrijheid overeengekomen kostenvergoeding zijn ofwel de minimumkeuzevrijheid van zorgverlener c.q. rechtshulpverlener op grond van dwingend recht.

413. Paris 2004, p. 325 en Cousy in Colle & Fagnart 1998, p. 135-136.

414. Gewezen kan worden op de Commissie Dekker reeds in 1987, Commissie Structuur en Financiering Gezondheidszorg 'Bereidheid tot verandering', Den Haag, 1987 (*Kamerstukken II* 1986/87, 19945, 1). Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, 3, p. 16 (MvT).

415. Voor de historische beschouwing verwijs ik naar de Memorie van Toelichting bij de Zorgverzekeringswet, *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, 3, p. 10-17 (MvT).

416. *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, 3, p. 34 (MvT).

417. *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, 3, p. 14 (MvA). Ik beschrijf hier de essentie van het systeem, zonder de randvoorwaarden en details te bespreken, hetgeen buiten bestek van dit onderzoek valt.

In zijn arrest van 11 juli 2014 heeft de Hoge Raad bevestigd dat door de Nederlandse wetgever een hinderpaalcriterium is opgenomen in de zorgverzekeringswet. Daaruit vloeit voort dat een vergoeding van 75 tot 80% een 'breed gedragen praktijknorm' is dat geen feitelijke hinderpaal oplevert. Verderop zal ik in paragraaf 8.7.3.4. kort bespreken hoe dit voor de praktijk dient te worden opgevat. Voor nu dient te worden benadrukt dat naar Nederlands recht, evenals bij de rechtsbijstandverzekering, geen zuivere naturaverzekering bestaat. Ik schets hieronder eerst de Europese ontstaansgeschiedenis van hetgeen wordt aangemerkt als hinderpaalcriterium, zij het dat de Europese regelgeving en rechtspraak dus strikt betrekking heeft op grensoverschrijdende zorgverlening. Hieronder schets ik kort het ontstaan van de toegestane keuzevrijheid onder een naturapolis en hetgeen als hinderpaalcriterium is erkend.

#### 8.7.2.3 Europeesrechtelijke jurisprudentie omtrent de Nederlandse situatie van het ziekenfonds (vóór invoering Zvw)

Vóór 2006 had een groot deel van de Nederlandse bevolking ziektekostendekking via het ziekenfonds, een voorziening voor *natura* zorgverstrekkingen van de nationale overheid. In de navolgende reeks uitspraken werden ook deze van overheidswege aangeboden ziekenfondsen onder de werking van het vrij verkeer gebracht. Op 28 april 1998 wees het HvJ EG twee arresten omtrent de reikwijdte van nationale sociale ziektekostenstelsels, waarbij hij de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van diensten toepaste op grensoverschrijdende ziektekostenkwesties.<sup>418</sup> In navolging daarop sprak het HvJ EG zich in een arrest van 2001 inzake de Nederlandse gevoegde zaken *Smits* en *Peerbooms* uit over de Nederlandse situatie van het ziekenfonds, welke niet uitgezonderd bleek van Europees recht.<sup>419</sup>

Tegelijkertijd stelde het HvJ EU in zijn jurisprudentie vast dat in bepaalde gevallen beperkingen mogen worden aangebracht op kostenvergoedingen inzake de (grensoverschrijdende) vrije artskenkeuze. In zijn arrest *Kohll* aanvaarde het hof de mogelijkheid dat een ernstige aantasting van het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel een dwingende reden van algemeen belang vormt, waardoor een belemmering van het beginsel van het vrij verrichten van diensten gerechtvaardigd kan zijn.<sup>420</sup> In dat verband erkende het hof het belang van een evenwichtige en voor een ieder toegankelijke verzorging door artsen in ziekenhuizen in stand te houden voor zover zij bijdraagt tot een hoog niveau van gezondheidsbescherming. Het HvJ EU oordeelde voorts dat het EG-verdrag een beperking van het vrij verkeer toestaat, voorzover de instandhouding van een verzorgingscapaciteit of medische deskundigheid op nationaal grondgebied essentieel is voor de gezondheid of zelfs het overleven van de bevolking.<sup>421</sup>

Het hof kwam hiermee tot een onderscheid tussen specialistische medische diensten van ziekenhuizen (*intramurale zorg*) enerzijds en overige zorg (*extramurale zorg*) an-

418. HvJ EG 28 april 1998, C-158/96, ECLI:EU:C:1998:171 (*Kohll*) en HvJ EG 28 april 1998, C-120/95, ECLI:EU:C:1998:167 (*Decker*).

419. HvJ EG 12 juli 2001, C-157/99, ECLI:EU:C:2001:404 (*Smits/Peerbooms*).

420. HvJ EG 12 juli 2001, C-157/99, ECLI:EU:C:2001:404 (*Smits/Peerbooms*), r.o. 72.

421. Idem, r.o. 74.



derzijds. Alleen voor de belangen gemoeid met intramurale zorg staat het hof toe dat een ziekenfonds (vergelijk een 'naturapolis') voorafgaande toestemming verlangt voor een (grensoverschrijdende) zorgbehandeling. Deze toestemmingsvereisten dienen voorts te bestaan uit gemakkelijk toegankelijke procedureregels, die waarborgen dat aanvragen binnen een redelijke termijn objectief en onpartijdig zullen worden behandeld, terwijl eventuele weigeringen bovendien in het kader van een beroep in rechte moeten kunnen worden betwist.<sup>422</sup>

In de daaropvolgende gevoegde Nederlandse zaken inzake verzekerden *Müller-Fauré* (tandheelkundige behandeling) en *Van Riet* (artroscopie ten behoeve van de rechterpols) ging het hof in op de vraag of en in hoeverre beperkingen mogen worden gesteld aan extramurale zorg (geen specialistische ziekenhuiszorg). Anders dan voor de intramurale zorg het geval was, achtte het hof bij extramurale zorg dergelijke beperkingen niet gerechtvaardigd op grond van dwingende reden van algemeen belang. Het hof was er niet van overtuigd dat met toestemming voor dergelijke behandelingen een dergelijke toename van grensverkeer van patiënten zou plaatsvinden dat het socialezekerheidsstelsel in gevaar zal worden gebracht en het algehele niveau van de bescherming van de volksgezondheid wordt bedreigd.<sup>423</sup> Een vereiste van voorafgaande toestemming mag ten aanzien van extramurale zorg derhalve niet worden gesteld.<sup>424</sup>

Een tweede les uit dit arrest is die van hetgeen de Nederlandse regering heeft aangemerkt als het 'hinderpaalcriterium'. Het betreft de mogelijkheid om voorwaarden te stellen aan de hoogte van vergoeding voor de in het buitenland te genieten zorgbehandeling. De wetgever ontleent dit criterium uit de volgende overweging van het arrest:

‘In de derde plaats staat niets eraan in de weg dat de bevoegde lidstaat waar een naturastelsel geldt, de hoogte van de vergoeding bepaalt waarop patiënten die een behandeling in een andere lidstaat hebben ondergaan, recht hebben, mits deze bedragen berusten op objectieve, niet-discriminerende en transparante criteria.’<sup>425</sup>

In deze overweging van het hof ligt besloten dat het is toegestaan om binnen zekere grenzen beperkingen te stellen aan de vergoeding van niet-gecontracteerde zorgbe-

422. Idem, r.o. 90.

423. HvJ EG 13 mei 2003, C-385/99, ECLI:EU:C:2003:270 (*Müller-Fauré/Van Riet*), r.o. 95.

424. Idem, r.o. 104-107. Bij de beoordeling van het Hof of het schrappen van het voorafgaande toestemmingsvereiste de wezenlijke kenmerken van het gezondheidsstelsel in gevaar zou brengen, nam hij een aantal factoren in ogenschouw:

1. Verordening nr. 1408/71 verplichtte de lidstaten reeds tot het treffen van een regeling voor vergoedingen achteraf voor verstrekkingen in een andere lidstaat dan de lidstaat waar de betrokkene voor ziektekosten is ingeschreven.
2. De lidstaat van inschrijving voor de ziektekosten bepaalt de omvang van de dekking voor de behandeling. Dit geldt ook voor de voorwaarden waaronder de behandeling wordt vergoed, mits deze niet discriminerend zijn en geen belemmering vormen voor het vrij verkeer van personen.
3. De bevoegde lidstaat waar een naturastelsel geldt, kan de hoogte van de vergoeding (restitutie) bepalen waar patiënten recht hebben die in een andere lidstaat de behandeling ondergaan, mits die bedragen berusten op objectieve, niet-discriminerende en transparante criteria (zie alinea 107 van de uitspraak).

425. HvJ EG (*Müller-Fauré/Van Riet*), r.o. 107.

handeling, mits dit dus berust op objectieve, niet-discriminerende en transparante criteria.

Ten slotte dient te worden vermeld dat de rechten bij grensoverschrijdende zorg inmiddels worden geregeld door Richtlijn 2011/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2011 betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg. In deze richtlijn is de door het HvJ EU uitgezette koers gecodificeerd.<sup>426</sup>

8.7.2.4 *De vrije artskenkeuze is door de Nederlandse wetgever tot wet gemaakt door middel van de acceptatie van het hinderpaalcriterium*

De Nederlandse wetgever heeft gewild dat dat nationale zorgaanbieders niet achter worden gesteld bij buitenlandse zorgaanbieders. Ten aanzien van de naturazorgpolis overwoog de regering in dat verband:

*‘Gecontracteerde zorg*

De Zorgverzekeringswet biedt zorgverzekeraars de gelegenheid om in de zorgverzekeringsovereenkomst met hun verzekerden te bepalen dat die voor het verkrijgen van de zorg in beginsel uitsluitend gebruik mogen maken van gecontracteerde zorgaanbieders. Deze bepaling dient dan overigens de nodige flexibiliteit te kennen. Dat vindt zijn oorsprong in ontwikkelingen binnen het Europese recht. In het arrest *Müller/Fauré* heeft het Europese Hof van Justitie bepaald dat verzekerden die in beginsel hun zorg moeten inroepen bij gecontracteerde zorgaanbieders, toch de mogelijkheid hebben om in een andere EU-staat extramurale zorg in te roepen bij een niet-gecontracteerde of een niet in loondienst zijnde zorgaanbieder. Dit wetsvoorstel voorziet erin dit EU-aspect te veralgemeniseren. Verzekerden die hebben gekozen voor een zorgverzekering waarbij zij hun zorg bij gecontracteerde zorgaanbieders moeten inroepen, hebben de mogelijkheid toch te kiezen voor het inroepen van zorg bij een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Het doet er daarbij niet toe of die zorgaanbieder zijn diensten binnen Nederland aanbiedt of daarbuiten. Die situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen als een verzekerde een specifieke medische behandeling beslist wil laten verrichten door een bepaalde arts die geen overeenkomst heeft gesloten met zijn zorgverzekeraar. [Onderstreping toegevoegd, DBH]<sup>427</sup>

De Nederlandse wetgever introduceerde daarmee een nationaal beginsel van ‘vrije artskenkeuze’, ongeacht de keuze van verzekerde voor een zorgverzekeringspolis, natura of restitutie. Tegelijkertijd daarmee voerde de wetgever daarmee het zogenoemde ‘hinderpaalcriterium’ in, dat hij als volgt toelichtte:

426. Zie daarvan met name de artikelen 7 en 8, met weergave van de aanspraken van verzekerden in grensoverschrijdende zorgkwesties.

427. *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, 3, p. 30-31 (MvT).

‘Omdat de verzekerden daarmee [met de keuze voor een niet-gecontracteerde zorgaanbieder onder een naturapolis; DBH] een administratieve last veroorzaken voor hun zorgverzekeraar, die immers de noodzakelijke zorg in beginsel al had ingekocht, zullen zij niet het volledige bedrag dat de zorgaanbieder in rekening brengt, gerestitueerd krijgen. De precieze vormgeving van die korting wordt overgelaten aan de zorgverzekeraar. De omvang ervan mag op grond van de overwegingen van het Europese Hof van Justitie in de zaak *Müller/Fauré* niet zodanig groot zijn dat die een feitelijke hinderpaal vormt voor het invoeren van zorg bij een niet in loondienst zijnde of niet-gecontracteerde (buitenlandse) zorgaanbieder. In de situatie waarbij een verzekerde, bijvoorbeeld tijdens een vakantie, niet met het oogmerk een medische behandeling te ondergaan, maar als gevolg van een onvoorziene omstandigheid een beroep moet doen op een niet-gecontracteerde zorgaanbieder, geldt in beginsel dezelfde uitzonderingsregel. De tekst van de wet laat er overigens ruimte voor dat zorgverzekeraars in deze gevallen ruimere restitutie toepassen dan in de situatie waarbij de verzekerde zich met het specifieke oogmerk om zorg te ondergaan tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder wendt. Een verplichting hiertoe heeft de zorgverzekeraar niet. Verzekerden die zich willen indekken tegen de mogelijkheid dat zij in voorkomend geval te maken krijgen met een voor eigen rekening komend verschil tussen de gemaakte kosten en de gerestitueerde kosten, kunnen voor deze situaties een reisverzekering sluiten.’<sup>428</sup>

Aanvankelijk veronderstelde de Nederlandse wetgever daarmee dat jurisprudentie van het HvJ EU meebracht dat onder een naturapolis de uitkering voor niet-gecontracteerde zorg niet zo laag mag zijn dat dit een feitelijke hinderpaal oplevert voor buitenlandse zorgaanbieders. De Nederlandse regering is inmiddels van inzicht veranderd. Door middel van wetsvoorstel nr. 33 362 heeft hij gepoogd de vrije artskeuze terug te draaien, in de zin dat het zorgverzekeraars voortaan is toegestaan de vergoeding onder naturapolissen voor niet-gecontracteerde zorg sterk onder het minimum van het hinderpaalcriterium te stellen of zelfs op nihil te bepalen.<sup>429</sup> Daarmee beoogde zij, kort gezegd, te faciliteren dat zorgverzekeraars met een naturapolis beter konden sturen op prijs, kwaliteit en doelmatigheid, terwijl onder de restitutieverzekering de keuzevrijheid voor een zorgaanbieder behouden blijft, zij het tegen betaling van een hogere premie.<sup>430</sup>

In de tussentijd heeft de Hoge Raad bij arrest van 11 juli 2014 bevestigd dat het hinderpaalcriterium onderdeel is van het geldend recht en dat het meebrengt dat (ook) onder de naturapolis niet-gecontracteerde zorg aan verzekerde, bij wijze van breedgedragen praktijknorm, tot tenminste 75 à 80% van het marktconforme tarief moet worden vergoed.<sup>431</sup> Marktconform is in de regel het gemiddelde tarief dat de

428. Idem, p. 31.

429. *Kamerstukken II* 2011/12, 33362, 3, p. 35-39 (MvT). In het wetsvoorstel wordt tevens een aantal andere voorstellen gedaan.

430. Zie *Kamerstukken I* 2014/15, 33362, F, p. 6 (MvA).

431. Hoge Raad 11 juli 2014, NJ 2015, 83 (CZ/*Momentum*). Of dit criterium uit het *Müller-Fauré/Van Riet*-arrest omtrent de hoogte van de vergoeding voor grensoverschrijdende zorgverstrekkingen inderdaad het hinderpaalcriterium oplegt, is echter zeer omstreven. De Nederlandse regering heeft dat vastgesteld,

zorgverzekeraar heeft afgesproken bij gecontracteerde zorgverleners.<sup>432</sup> Beoogd is dat de patiënt niet wordt gehinderd (hinderpaal) in het verkrijgen van niet-gecontracteerde zorg. Het gaat hier evenwel om een richtlijn met een leidraad voor de praktijk, waarbij uiteindelijk de omstandigheden van het geval beslissend zijn: een hogere vergoeding voor een dure behandeling kan evengoed een schending opleveren van het criterium, terwijl een lagere vergoeding dit niet is bij een goedkopere behandeling.<sup>433</sup> Dit percentage is vervolgens bestendigd in latere rechtspraak.<sup>434</sup> Tevens is door het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden onlangs geoordeeld dat ter toetsing van het hinderpaalcriterium uit moet worden gegaan van de *gemiddelde patiënt* en niet van de minst draagkrachtige.<sup>435</sup>

Op grond van rechtspraak van de rechtspraak van de Hoge Raad en de navolging in de praktijk kan derhalve tenminste worden geoordeeld dat de richtlijn van vergoeding van 75 tot 80% van het marktconforme tarief enige werkbare leidraad verschaft voor de praktijk. In hoofdstuk 10 zal ik derhalve stilstaan bij de waarde van een dergelijk criterium voor de rechtsbijstandverzekering.<sup>436</sup>

De Nederlandse regering heeft een vruchteloze poging ondernomen om het hinderpaalcriterium af te schaffen en te bewerkstelligen dat een naturaverzekering enkel aanspraak geeft tot zorg via een door verzekeraar gecontracteerde zorgaanbieder.<sup>437</sup>

echter A-G Keus heeft in zijn conclusie voorafgaand aan de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak *CZ/Momentum* vastgesteld dat het arrest van het HvJ EU geen hinderpaalcriterium vormt wanneer de financiële beperkingen gelijkelijk van toepassing zijn op binnenlandse en buitenlandse niet-gecontracteerde zorgaanbieders, zie zijn conclusie van 11 april 2014, ECLI:NL:PHR:2014:295, pt. 2.14. De Hoge Raad heeft overwogen dat het hinderpaalcriterium niet uit het recht van de EU kan worden afgeleid, maar tevens bevestigt dat de Nederlandse wetgever bij de totstandkoming van de Zorgverzekeringswet (ten onrechte) uit Europese jurisprudentie het hinderpaalcriterium heeft afgeleid. Volgens de Hoge Raad dient artikel 13 Zvw daarom uitgelegd conform de bedoeling van de wetgever dat het hinderpaalcriterium geldend recht is. Zie r.o. 3.5.6. van het arrest.

432. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6682 en GcZ 14 december 2016, nr. 2015.03309.

433. Rb. Midden-Nederland 21 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7578, r.o. 3.6: '(...) De rechtbank verwerpt dus de stelling van Conductore dat haar minst draagkrachtige cliënt de maatstaf vormt voor het hinderpaal-criterium. Daarvoor is geen steun te vinden in de wetgeschiedenis en ook niet in het hiervoor genoemde arrest van de Hoge Raad. De wetgever heeft met artikel 13 Zvw het recht op vrije artskenkeuze voor verzekerden met een naturapolis immers niet volledig willen waarborgen. De uitoefening van het recht op vrije artskenkeuze mag de verzekerde met een naturapolis dus wel wat kosten. Een restitutiepolis is in het algemeen ook duurder dan een naturapolis. De korting op de vergoeding mag alleen niet zo hoog zijn dat deze naar de maatstaf van de breed gedragen praktijknorm voor de betreffende patiëntengroep een feitelijke hinderpaal oplevert. De maatstaf die Conductore voorstaat strookt overigens ook niet met de uit de wetgeschiedenis af te leiden wens van de wetgever om de kosten van de gezondheidszorg te beheersen door aan de zorgverzekeraars een regierol te geven bij de inkoop van zorg. Voor kostenbeheersing zijn omzetplafonds, kwaliteits-eisen en prijsafspraken noodzakelijk.' Zie evenwel in andere zin: Rb. Noord-Nederland 30 januari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:245, met nt. B. Wallage en E. Jacobs GZK 2018-0097, die aangeven dat het te betwijfelen is of de uitspraak in een eventueel beroep standhoudt nu de zaak voorkomt bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden die dus in andere zin heeft geoordeeld. Zie hierover ook Van Schelven & Janssen 2017, p. 484-485.

434. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (vzr.) 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6682; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (vzr.) 18 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8895, Rb. Midden-Nederland 21 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7578 en Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 24 juni 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:3891.

435. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:710, r.o. 4.10.

436. Zie paragraaf 10.5.

437. Wetsvoorstel nr. 33 362. Uit het standpunt van de regering blijkt dat zij in Richtlijn 2011/24/EU aanleiding heeft gezien om het hinderpaalcriterium af te schaffen. Richtlijn 2011/24/EU voorziet blijkens haar considerans ten dele in de codificatie van rechtspraak van het HvJ EU. De regering

Hoewel de Raad van State na enig omhaal positief adviseerde<sup>438</sup> vond het wetsvoorstel stevige kritiek in de literatuur.<sup>439</sup> Uiteindelijk werd het voorstel bij stemming in de Eerste Kamer verworpen.<sup>440</sup> In de media en door belangenorganisaties werd aansluitend gekopt dat *het recht van vrije artsenkeuze* voor verzekerden behouden bleef.<sup>441</sup>

#### 8.7.2.5 *Een Europeesrechtelijk beginsel van vrije artsenkeuze ontbreekt derhalve behoudens bij grensoverschrijdende zorg*

Aan de hand van het voorgaande kunnen enkele lessen worden getrokken. Net als bij de gefinancierde rechtshulp in Europees perspectief ontbreekt ook bij de zorgverzekering een universeel beginsel van keuzevrijheid. De vrije artsenkeuze is in Europees verband erkend in de jurisprudentie van het HvJ EU inzake socialezekerheidsstelsels en het vrij verkeer. Echter deze rechtspraak ziet strikt op *grensoverschrijdende* zorgverlening. De erkenning van de vrije artsenkeuze in nationale zorgaanlegenheden berust op enkel de keuze van de Nederlandse wetgever bij invoering van de Zorgverzekeringswet.

De verschillen in onderscheidenlijke reikwijdtes in Europeesrechtelijk kader van de keuzevrijheden onder gefinancierde rechtsbijstand en zorgverzekering enerzijds en de rechtsbijstandverzekering anderzijds creëren een spanningsveld. Hieronder zal ik – in vervolg op de voorgaande twee intermezzo's – verder ingaan op de houdbaarheid van de onderhavige ruime uitleg van het recht op vrije advocaatkeuze.

---

baseerde zich op artikel 7 lid 4 Richtlijn 2011/24/EU, ingevolge waarvan de kosten van grensoverschrijdende gezondheidszorg door de lidstaat van aansluiting worden terugbetaald of rechtstreeks betaald tot het bedrag dat door de lidstaat van aansluiting ten laste genomen zou zijn indien de gezondheidszorg op eigen grondgebied zou zijn verleend en nooit hoger dan de feitelijke kosten van die zorg. Dit criterium uit de richtlijn is afgeleid uit de rechtspraak van het HvJ EU inzake Vanbraekel, zie Van de Gronden 2011, p. 378.

438. Raad van State advies van 22 oktober 2014, W13.14.0351/III/Vo. Het wetsvoorstel is na amendering in de Tweede Kamer op verzoek van de vaste Kamercommissie voor Volksgezondheid, Welzijn en Sport voor advies voorgelegd aan de Raad van State. De Raad van State constateerde dat er ogenschijnlijk van spanning sprake lijkt te zijn met Richtlijn 2011/24/EU en de Europese jurisprudentie maar dat die wordt opgelost door de keuzemogelijkheid van verzekerden voor een restitutiepolis, die wel de keuzevrijheid voor een zorgaanbieder omvat. De Raad concludeert eveneens dat er geen Europees grondrecht van vrije artsenkeuze bestaat. Het advies van de Raad lijkt positief ten aanzien van de afschaffing van het hinderpaalcriterium omdat, anders dan onder het regime van het ziekenfonds nu differentiatie bestaat met een naturopolis en een restitutiepolis. Wél wees de Raad op het belang van een goed functionerende markt, met de mogelijkheid van (gedeeltelijke) vergoeding van behadelingen in een buitenlandse lidstaat tegen aanvaardbare kosten, (zie Advies Raad van State 22 oktober 2014, W13.14.0351/III/Vo, onder punt 2., Verhouding tot richtlijn 2011/24/EU, sub c).

439. Zie o.a. Rijken 2012, p. 475-481; Van der Touw 2013, p. 63-98; Van de Gronden 2013, p. 4-17.

440. *Handelingen I*, 33362, 8 (vergadering van 16 december 2014).

441. Bijvoorbeeld *de Volkskrant*: <http://www.volkskrant.nl/dossier-zorg/om-inhoudelijke-redenen-tegen-vrije-artsenkeuze-gestemd-a3812561/>; *Het Financieel Dagblad*: <http://fd.nl/economie-politiek/1085252/eerste-kamer-stemt-inperking-vrije-artsenkeuze-weg>; Landelijke Huisartsen Vereniging: <https://www.lhv.nl/actueel/nieuws/eerste-kamer-stemt-tegen-wetsvoorstel-artikel-13>.

### 8.7.3 Doorstaat de vigerende ruime uitleg van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG de toets van de Europeesrechtelijke beginselen van motivering en evenredigheid?

#### 8.7.3.1 Algemeen

In de twee vorige paragrafen heb ik de verruimde vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG in breder perspectief geplaatst. Het blijkt dat zowel bij de gefinancierde rechtsbijstand als onder de zorgverzekering geen communautair beginsel van keuzevrijheid bestaat en in nationale aangelegenheden kan worden opgelegd. Lidstaten worden op deze terreinen de vrijheid gelaten om de mate van keuzevrijheid van rechtzoekenden en zorgverzekerden te regelen.

Mede in het licht van mijn opmerkingen die ik in paragraaf 8.7 plaatste bij het arrest *Sneller*<sup>442</sup> en de verkenningen van het Europeesrechtelijke kader van de gefinancierde rechtsbijstand en de zorgverzekering zal ik in deze paragraaf toetsen hoe de huidige ruime uitleg van de vrije advocaatkeuze zich verhoudt tot de beginselen van verdragsrechtelijke motiveringseisen en evenredigheidstoets (oftewel de proportionaliteitstoetsing), waardoor het EU-recht is gebonden. Kortom zal worden onderzocht of de vigerende ruime uitleg van het recht van vrije advocaatkeuze is gemotiveerd conform de Europeesrechtelijke eisen alsmede of het niet verder dan noodzakelijk gaat om de communautaire doelstellingen van het verdrag en de regeling van Richtlijn 87/344/EEG te bereiken.

#### 8.7.3.2 Gebrekkige motivering?

De motiveringseisen verlangen dat de dragende overweging van de betreffende Europeesrechtelijke regeling kenbaar zijn. In de stroom jurisprudentie inzake richtlijnen is er vaak sprake van het balanceren van de interne markt doelstellingen met geharmoniseerde nationale bepalingen. Derhalve voorziet artikel 253 VEG erin dat de communautaire wetgever zijn handelingen, in casu richtlijnen, voorziet van een met redenen omklede motivering. Op deze wijze kan immers worden getoetst door de nationale rechter en het HvJ EU. Aan de hand van objectieve gegevens moet door middel van rechterlijke toetsing worden gecontroleerd of de maatregel op een geschikte grondslag berust.<sup>443</sup> Belanghebbende onderdanen van de EU moeten tevens in staat worden gesteld om na te gaan hoe het verdrag is toegepast.<sup>444</sup> De aan een dergelijke motivering te stellen eisen hangen af van de omstandigheden van het geval, de inhoud van de handeling, de aard van de motivering en het mogelijke belang dat de adressanten of andere personen die rechtstreeks en individueel door de handeling worden geraakt, bij een verklaring kunnen hebben.<sup>445</sup> Niet vereist is evenwel dat elke technische keuze van de gemeenschapswetgever wordt verantwoord.<sup>446</sup>

442. HvJ EU 7 november 2013, ECLI:EU:C:2013:717.

443. Zie o.a. HvJ EG 23 februari 1988, C-131/86, ECLI:EU:C:1988:86 (*VK & Noord-Ierland tegen Raad van de EG*), r.o. 29.

444. HvJ EG 4 juli 1963, C-24/62, ECLI:EU:C:1963:14 (*Duitsland tegen Commissie*).

445. HvJ EG 29 april 2004, C-372/97, ECLI:EU:C:2004:234, r.o. 69.

446. HvJ EG 7 november 2000, C-168/98, ECLI:EU:C:2000:598, r.o. 62.

De vigerende ruime uitleg van de vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG ontbeert mijns inziens deugdelijke motivering. In de vierde en vijfde overweging van de preambule worden eerst de twee (hoofd)doelstellingen van de richtlijn geformuleerd: het bevorderen van vrijheid van vestiging van rechtsbijstandverzekeraars en ten behoeve van *bescherming van de verzekerden elk mogelijk belangenconflict tussen een voor rechtsbijstand verzekerde en zijn verzekeraar als gevolg van het feit dat deze hem heeft verzekerd voor één of meer andere, in de bijlage van Richtlijn 73/239/EEG vermelde, branches of dat hij een derde persoon heeft verzekerd, zoveel mogelijk moet worden voorkomen, en dat, als een dergelijk conflict zich voordoet, de oplossing ervan mogelijk moet worden gemaakt*. Vervolgens wordt alleen in de elfde overweging van de preambule melding gemaakt van het belang van verzekerden om (ongeclausuleerd) een advocaat of andere gekwalificeerde persoon in te schakelen: *dat het belang van de voor rechtsbijstand verzekerde inhoudt dat deze zelf zijn advocaat moet kunnen kiezen of elke andere persoon met de kwalificaties die door het nationale recht worden toegestaan in het kader van gerechtelijke of administratieve procedures en telkens wanneer er zich een belangenconflict voordoet*.

Het is nu uiteraard de vraag wat wordt bedoeld met 'het belang' als vermeld in de elfde overweging van de preambule. Een bescherming van verzekerden op andere gronden dan ter zake belangenconflicten wordt in de richtlijn niet vermeld. Daarom is de actuele ruime uitleg van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG op geen enkele wijze objectief toetsbaar. Naar de ratio achter een dergelijke ruime strekking kan men derhalve slechts gissen. Noch uit de aard van de richtlijn, de geformuleerde doelstellingen of de context van de regeling vloeit duidelijk voort waarom het recht van vrije advocaatkeuze een verplichte kostenvergoeding oplegt onder de rechtsbijstandverzekering met slechts als voorwaarde de behoefte van verzekerde aan rechtshulp in het kader van een gerechtelijke of administratieve procedure. Kennelijk wordt daarmee voorbijgegaan aan de woordjes 'indien...wordt gevraagd' uit de tekst van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG, hetgeen motivering behoeft. Een dergelijke ruime uitleg is arbitrair, zodat op grond van het gemeenschapsrecht de bepaling buiten toepassing moeten blijven althans in beperkte zin moet worden uitgelegd.<sup>447</sup>

Interessant in dit verband is dat A-G Trstenjak in haar conclusie voorafgaand aan het *Eschig*-arrest opmerkte dat de richtlijn zeer wel andere doelstellingen kan hebben

447. Vergelijk de zaak HvJ EG 9 januari 2003, C-76/00, ECLI:EU:C:2003:4:

86 Onder die omstandigheden moet worden aangenomen dat, door in de bestreden verordening alleen te verklaren dat '[was gebleken] dat in het gewone handelsverkeer inderdaad verkoop plaatsvond waarbij voor de betaling gebruik [werd] gemaakt van compensatie', de Raad niet aan de vereisten van de motiveringsplicht heeft voldaan.

87 Een dergelijke peremptoire verklaring, waarbij eenvoudig naar de communautaire bepalingen wordt verwezen, bevat immers geen enkel element dat aan de belanghebbenden en de gemeenschapsrechter verduidelijkt waarom de Raad heeft gemeend dat de bij die compensatieverkoop toegepaste prijzen niet door de relatie tussen deze belanghebbenden werd beïnvloed (zie in analoge zin arrest van 1 juli 1986, *Usinor/Commissie*, 185/85, *Jurispr.* blz. 2079, punt 21).

88 De belanghebbenden kunnen uit deze verklaring niet opmaken of op goede gronden met deze prijzen uitzonderlijk rekening werd gehouden om de normale waarde te berekenen, dan wel of de wettigheid van de bestreden verordening hierdoor wordt aangetast.

89 Zoals de advocaat-generaal in de punten 99 en 104 van zijn conclusie opmerkt, belet dit totale gebrek aan verklarende elementen ook de gemeenschapsrechter, zijn toezicht uit te oefenen en met name na te gaan of de Raad geen kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt.

naast haar hoofddoelstellingen.<sup>448</sup> Dat mag zo zijn, ook dergelijke doelstellingen moeten in het licht van artikel 253 VEG toetsbaar zijn voor belanghebbenden. Dit klemmt naar mijn mening te meer daar in de richtlijnvoorstellen van de Europese Commissie een geheel andere strekking werd gegeven aan het recht van vrije advocaatkeuze, namelijk die van het voorkomen en bestrijden van belangenconflicten. De Europese Commissie had immers *slechts* de keuzevrijheid voor ogen op moment dat een advocaat werd ingeschakeld, zodat deze advocaat niet tevens de huisadvocaat van verzekeraar was en alsdan in een bezwaarde positie zou geraken.<sup>449</sup>

Ten slotte moet ook rekenschap worden gegeven van de financiële gevolgen van een letterlijke opvatting van de elfde preambule van Richtlijn 87/344/EEG. Het verschil tussen een beperkte en de vigerende ruime uitleg van de vrije advocaatkeuze betekent immers het onderscheid tussen een functionele en proportionele toepassing van de vrije advocaatkeuze ofwel een rechtspolitieke keuze van de communautaire wetgever waarmee hij een concrete normstelling zou hebben beoogd. Of een dergelijke bevoegdheidstoëgening zich verhoudt met het Europeesrechtelijke evenredigheidsbeginsel zal ik hieronder beantwoorden.

Met het voorgaande acht ik de huidige ruime uitleg onvoldoende gemotiveerd in Richtlijn 87/344/EEG. Bij ontbreken van een objectief toetsbare motivering zou dit in beginsel moeten leiden tot nietigheid van Richtlijn 87/344/EEG, welke inmiddels is opgegaan in Richtlijn 2009/138/EG. Daar deze nietigheid niet verder dient te strekken dan noodzakelijk, ligt het dan voor de hand dat de vrije advocaatkeuzebepaling zelf, inmiddels artikel 201 van Richtlijn 2009/138/EG, welke gelijkkluidend is als artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG, dan buiten werking wordt gesteld. Althans de beperkte uitleg van het recht van vrije advocaatkeuze zou als minder bezwaarlijke lezing voortaan moeten gelden.

#### 8.7.3.3 *Evenredigheidsstoets ten aanzien van Richtlijn 87/344/EEG en het recht van vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG*

Ik zal hier vervolgen met een verdere toetsing van de ruime uitleg van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG aan het evenredigheidsbeginsel. Daartoe zal ik eerst uitleggen wat het evenredigheidsbeginsel in EU-recht in grote lijnen behelst.

Net als de beginselen van de rechtstreekse werking (arrest *Van Gend & Loos*)<sup>450</sup> en supranationaliteit van het EU-recht (arrest *Costa/ENEL*)<sup>451</sup> heeft het HvJ EU in zijn jurisprudentie de proportionaliteitstoets ontwikkelt ter zake de beoordeling van de rechtmatigheid van bevoegdheidsuitoefeningen.<sup>452</sup> Het beginsel is anders dan deze andere beginselen niet uit de communautaire rechtsorde zelf afgeleid maar

448. Conclusie A-G Trstenjak bij het *Eschig*-arrest, ECLI:EU:C:2009:310, punten 66-68.

449. Zie paragraaf 6.2.

450. HvJ EG 5 februari 1963, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1.

451. HvJ EG 15 juli 1964, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66.

452. HvJ EG 13 november 1990, C-331/88, ECLI:EU:C:1990:391 (*The Queen v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte FEDESA e.a.*, Jur. 1990, p.I-4023), Lenaerts 2011, p. 98-99.



van lidstaten ontleend.<sup>453</sup> De evenredigheidsafweging wordt wel geduid als de passende afweging van belangen en uitgangspunten binnen een constitutionele rechtsorde.<sup>454</sup> Binnen de supranationale rechtsorde van de EU komt het aan op een afweging van geïdentificeerde belangen, zo mogelijk van buiten de specifieke maatregel onderkende belangen (fundamentele rechten gecodificeerd in EU-recht, ongeschreven beginselen (zoals die van de dwingende redenen van algemeen belang, etc.)).<sup>455</sup>

Deze weging van belangen gaat uit van de veronderstelling dat geen van de individuele belangen in geding absoluut is, zodat de nationale gerechten en het HvJ EU in voorkomend geval moeten toetsen of een norm in overeenstemming is met het algemene beginsel.<sup>456</sup> Dit beginsel is (eveneens) gecodificeerd in artikel 5 lid 4 VEG.<sup>457</sup> Bij de belangenafweging in verband met deze proportionaliteitstoets speelt de uniciteit van de Europese rechtsorde, als supranationale rechtsorde met constitutionele kenmerken, een rol. De onderliggende rechtsregels van de EU, de normen neergelegd in de oprichtingsverdragen, vormen immers een abstract raamwerk dat door middel van rechtsbeginselen (supranationaliteit van de EU, directe werking, lidstatenlijke aansprakelijkheid, fundamentele (grond)rechten) verder is aangevuld.<sup>458</sup> Ten slotte dient te worden gewezen op de ontwikkelende invloed van grondrechten (het EU-Handvest) en consumentenbescherming in een contractuele verhouding met ongelijkwaardige partijen.<sup>459</sup>

Het evenredigheidsbeginsel dat in Europees recht wordt aangelegd is niet een eenduidig begrip. In de eerste plaats balanceert het de constitutionele bevoegdheidsverdeling binnen de EU tussen de Unie en haar lidstaten (art. 5 lid 3 VEU).<sup>460</sup> In de tweede plaats betreft het, zoals hier van belang, een toetsingsinstrument voor het HvJ EU ten aanzien van de rechtmatigheid van een handeling.<sup>461</sup> Binnen de nieuwe rechtsorde van de EU en de open normen van het oprichtingsverdrag is de evenredigheidstoets in de rechtspraak van het HvJ EU ontwikkeld als een van de rechtsbeginselen om de leemtes van de nieuwe Europese rechtsorde in te vullen.<sup>462</sup> Tegenover de beginselen van supranationale werking van EU-recht en directe werking, die de communautaire rechtsorde consolideren, staat het proportionaliteitsbeginsel om Europees recht af te bakenen en te verenigen met andere rechten en beginselen.<sup>463</sup>

453. Sauter 2013, p. 4, met verwijzing naar het Duitse stelsel 'Verhältnismässigkeit' alsmede het Franse 'erreur manifeste d'appréciation' en 'détournement de pouvoir'.

454. Sauter 2013, p. 3, met verwijzing naar R. Alexy, *A theory of constitutional rights*, translation J. Rivers (Oxford: Oxford University Press 2002), p. 210.

455. Craig & De Búrca 2011, p. 526.

456. Lenaerts & Gutiérrez-Fons 2010, p. 1650.

457. Evenwel ziet artikel 5 VEU op de legislatieve fase terwijl zich in de rechtspraak het beginsel van proportionaliteit heeft ontwikkeld ten aanzien van de uitvoering van EU-regeling. Sauter 2013, p. 9 met verwijzing naar Emiliou 1996, p. 267.

458. Sauter 2013, p. 5.

459. Waarvan getuige de diverse richtlijnen inzake consumentenbescherming.

460. Jans 2005, p. 111.

461. Idem; Van Ooik 2013, p. 167.

462. Sauter 2013, p. 5.

463. Idem; Stone Sweet & Matthews 2008, p. 140-141.

Bij de toetsing van EU-recht komt het aan op een afweging van de noodzakelijkheid van de maatregel alsmede op een evenredigheidstoets in enge zin. In de zaak Fedesa overwoog het hof ten aanzien van de evenredigheidstoetsing van EU-recht:

‘Volgens vaste rechtspraak van het Hof maakt het evenredigheidsbeginsel deel uit van de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht. Volgens dit beginsel zijn maatregelen waarbij economische activiteiten worden verboden, slechts wettig wanneer zij geschikt en noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van de legitieme doelstellingen die met de betrokken regeling worden nagestreefd, met dien verstande, dat wanneer een keuze mogelijk is tussen meerdere geschikte maatregelen, die maatregel moet worden gekozen die de minste belasting met zich brengt en dat de veroorzaakte nadelen niet onevenredig mogen zijn aan het nagestreefte doel.’<sup>464</sup>

Deze zaak betreft een duidelijk voorbeeld van de toetsing door het hof. Voor een goed begrip van de materie zal ik hier uitgebreider stilstaan bij de casus. In deze zaak ging het om een algeheel verbod op bepaalde aangewezen stoffen met hormonale werking in de veehouderij uit een Europese richtlijn, die beoogde een einde te maken aan nationale beperkingen die het intracommunautaire handelsverkeer belemmerden vanwege nationale voorschriften inzake toediening van dergelijke stoffen met hormonale werking bij vee. *Fédération européenne de la santé animale* (Fedesa) en andere belanghebbenden bestreden in een nationale gerechtelijke procedure de geldigheid van deze richtlijn tegenover de Minister of Agriculture, Fisheries and Food en de Secretary of State for Health. Na verwijzing door het Britse gerecht zag het HvJ EU zich onder meer voor de prejudiciële vraag gesteld of de onderhavige richtlijn de evenredigheidstoets overschreed.<sup>465</sup>

Het hof liet in deze zaak blijken dat het niet volledig in de toetsing van de Europese wetgever treedt, gezien diens discretionaire bevoegdheid en in het gemeenschapsverdrag aan instellingen toegekende ‘politieke verantwoordelijkheid’.<sup>466</sup> Het hof oordeelde dat een algeheel verbod op de betreffende hormonen niet excessief was, zelfs niet indachtig dat de controle bemoeilijkt wordt vanwege het bestaan van natuurlijke hormonen. Andersoortige controlemethoden konden volgens het hof worden toegepast. Daarnaast was volgens het hof niet zonder meer duidelijk of bij toelaten van enkel de ‘natuurlijke’ hormonen niet alsnog een zwarte markt zou ontstaan. Het hof achtte geoorloofd dat door de Raad gekozen toepassing meebracht dat de vereiste kostbare controlemethoden op de aanwezigheid van de betreffende verboden stoffen geen gegarandeerde effectiviteit bezitten. Daarmee was de

464. HvJ EG 13 november 1990, C-331/88, ECLI:EU:C:1990:391, r.o. 13.

465. HvJ EG 13 november 1990, C-331/88, ECLI:EU:C:1990:391, r.o. 12. De belanghebbenden beoogden de richtlijn buiten werking te stellen, onder meer met het argument dat de richtlijn disproportioneel is, omdat een absoluut verbod op de bestreken hormonen ongeschikt is ter verwezenlijking van de doelstellingen van de richtlijn — omdat het in de praktijk onmogelijk zou zijn toe te passen en omdat het tot een gevaarlijke zwarte markt zou leiden. Ten tweede zou een absoluut verbod onnodig zijn omdat de ongerustheid van consumenten ook door inlichtingen en adviezen konden worden weggenomen, aldus de belanghebbenden. Ten derde zou de financiële schade vanwege het verbod een veel grotere schade toebrengen aan de handelaren dan de voordelen ervan voor het algemeen belang.

466. Idem, r.o. 14-18.

drempel van *kennelijke* ongeschiktheid niet overschreden. De door de communautaire wetgever gemaakte afweging werd in casu dus gerespecteerd, net als in vele andere zaken waarin een beroep op proportionaliteit tegen Europese regelgeving tegenover het hof werd ingeroepen.<sup>467</sup> Als zodanig geldt derhalve een strikte toets bij de evenredigheidsstoetsing van maatregelen van Europees recht.

Uit dit leidende arrest van het hof volgen de volgende criteria, die niet altijd even consequent worden toegepast.<sup>468</sup> Ten eerste moet de maatregel *geschikt* zijn om de doelstellingen te bereiken, waarbij het hof enkel nagaat of de betrokken regelgever zich niet kennelijk heeft vergist. Er moet als het ware een causale relatie bestaan tussen de maatregel en het doel. Ten tweede moet het optreden van de regelgever *noodzakelijk* zijn, dat wil zeggen, niet kunnen worden vervangen door een ander maatregel met hetzelfde nut dat minder bezwaarlijk is voor de door de gemeenschap beschermde doelen of belangen. In zaken waarin regelgeving van Europese instellingen wordt onderworpen aan deze toets, geldt evenwel een strikt criterium ingevolge waarvan de maatregel niet *kennelijk ongeschikt* mag zijn om het beoogde doel te bereiken en wordt het tweede en derde toetscriterium toegepast als een terughoudende toetsing, waarbij wordt beoordeeld of de maatregel niet kennelijk ongeschikt is om het beoogde doel te bereiken. Deze terughoudendheid in de toetsing hangt samen met de politieke, economische en sociale keuzes die de gemeenschapswetgever dient te maken bij de totstandkoming van regelgeving, waarbij hij ingewikkelde beoordelingen en afwegingen moet maken.<sup>469</sup> Het gaat er dus niet om of een op een dergelijk gebied vastgestelde maatregel de enige of de best mogelijke maatregel was. Enkel de kennelijke ongeschiktheid van de maatregel, ter bereiking van het door de bevoegde instellingen nagestreefde doel, kan de rechtmatigheid van die maatregel aantasten.

Dat wil evenwel niet zeggen dat de hoge drempel van kennelijke ongeschiktheid nooit wordt overschreden. Het HvJ EU eist dat de Europese regelgever zijn keuze voor een zekere maatregel op *objectieve criteria* baseert en een onderzoek instelt naar de mogelijke gevolgen voor marktdeelnemers en particulieren.<sup>470</sup> Enkele gevallen waarin dit wel het geval is, zal ik bespreken.

In de zaak *ABNA* werd door het hof wél een schending van het evenredigheidsbeginsel aangenomen.<sup>471</sup> In deze zaak logenstrafte het hof de bepaling uit een richtlijn op grond waarvan fabrikanten op verzoek van consumenten verplicht werden om de samenstelling van mengvoeders prijs te geven. Het hof overwoog dat deze verplichting al te zeer indruiste tegen de economische belangen van de fabrikanten, met het gevaar dat zij door het moeten prijsgeven van de formules van de samenstelling van hun product niet konden profiteren van hun investeringen. Het gevaar

467. Zie bijvoorbeeld het overzicht van Van Ooik 2013, p. 177-178.

468. Lennaerts 2003, nr. 100 e.v.

469. HvJ EU 8 juni 2010, C-58/08, ECLI:EU:C:2010:321 (*Vodafone*), r.o. 52.

470. HvJ EG 12 juli 2001, C-189/01, ECLI:EU:C:2001:420, r.o. 82 en 83; HvJ EG 10 december 2002, C-491/01, ECLI:EU:C:2002:741 (*British American Tobacco (Investments) en Imperial Tobacco*), r.o. 123; HvJ EU 7 juli 2009, C-558/07, ECLI:EU:C:2009:430, r.o. 42. Zie Van Ooik 2013, p. 176.

471. HvJ EG 6 december 2005, gevoegde zaken C-453/03, C-11/04, C-12/04 en C-194/04, ECLI:EU:C:2005:741 (*ABNA e.a.*).

bestaat hier dat anderen dan met het recept aan de haal gaan. Bovendien vond het hof dat deze bepaling niet het beoogde doel, bescherming van de gezondheid, diende en dat zij *kennelijk* verder ging dan noodzakelijk om dat doel te bereiken.<sup>472</sup> Het gevolg was hier echter niet dat de gehele bestreden richtlijn buiten werking gesteld werd, maar slechts de bepaling die evident verder strekte dan noodzakelijk.<sup>473</sup>

Een tweede voorbeeld waarin de evenredigheidstoets ten aanzien van een Europese maatregel doorsloeg, is de zaak omtrent de dataretentierichtlijn, Richtlijn 2006/24/EG,<sup>474</sup> welke door het HvJ EU op 8 april 2014 ongeldig werd verklaard.<sup>475</sup> In de kern ging het in deze zaak om de afweging van het belang van privacy van Europese onderdanen tegen die van de communautaire doelstelling tot het bevorderen van de interne markt.<sup>476</sup> Impliciet (op de achtergrond) voerde daarbij de boventoon het belang van het onderzoeken, opsporen en vervolgen van ernstige criminaliteit, in het bijzonder van terrorisme. De richtlijn voorzag in een constitutieve vereiste van een termijn van minimaal zes maanden tot maximaal twee jaar voor het bewaren van elektronische communicatiegegevens (dataretentie) door Europese aanbieders van openbare elektronische communicatiediensten. Het hof toetste de dataretentieverplichting aan de Europese grondrechten artikel 7 en 8 van het EU-Handvest. Het hof onderkende dat de richtlijn weliswaar (mede) strekt tot harmonisatie van de bepalingen van de lidstaten ter zake bewaring van datagegevens, maar dat het materiële doel van de richtlijn erin bestaat te garanderen dat de gegevens beschikbaar zijn met het oog op onderzoek, opsporing en vervolging van ernstige criminaliteit.<sup>477</sup> Het hof legde vervolgens een strikte toets aan van de inperking door middel van de dataretentieverplichting ter zake de grondrechten van artikel 7 en 8 EU-Handvest en oordeelde dat de inperking disproportioneel was.<sup>478</sup>

Deze uitspraak is uitermate interessant in het kader van het spanningsveld van de ruime uitleg van het recht van vrije advocaatkeuze. Ik licht dit hier toe. In zijn conclusie voorafgaand aan het arrest van het HvJ EU sneed A-G Cruz Villalón een cruciaal aspect aan. Hoewel het hof de voorliggende rechtsvragen inzake de geldigheid uiteindelijk afdeed met een evenredigheidstoetsing aan de grondrechten van artikelen 7 en 8 van het EU-Handvest — welke een meer indringende toetsing wettigen — was ook de prejudiciële vraag voorgelegd of Richtlijn 2006/24/EG evenredig was in de zin van de algemene norm van artikel 5 lid 4 VEU. De A-G wees hier op een bijzonder lastig rechtsprobleem. Hij stelde dat het maar de vraag is of het probleem van evenredigheid van de richtlijn in strikte zin, in het licht

472. Idem, r.o. 82-83.

473. Idem, r.o. 85.

474. Zoals gewijzigd door Richtlijn 2009/136/EG.

475. HvJ EU 8 april 2014, gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238.

476. Meer in het bijzonder het creëren van een gelijk niveau van bescherming van fundamentele rechten en vrijheden bij de verwerking van persoonsgegevens in de sector elektronische communicatie (dataretentie).

477. HvJ EU 8 april 2014, gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238, r.o. 41, derhalve grijpt het hof in zoverre terug op de rechtsvraag in voornoemd arrest HvJ EU 10 februari 2009, C-301/06, ECLI:EU:C:2009:68 (*Ierland/Europes Parlement & Raad van de EU*), omtrent de interne bevoegdheidsverdeling binnen de EU en de vraag of de juiste grondslag voor de regelgeving in het EG-verdrag is gebruikt.

478. Idem, r.o. 48 en 56-96.

van de overwegende doelstelling waarop de richtlijn door de gemeenschapswetgever is gebaseerd (in casu artikel 95 EG-Verdrag), kan worden opgelost *door rekening te houden met een doelstelling die (slechts) op de 'achtergrond' speelt in de betreffende maatregel*,<sup>479</sup> in deze casus de voorkoming, bestrijding en vervolging van ernstige criminaliteit.

De hoofddoelstelling voor het aannemen van Richtlijn 2006/24/EG was immers de communautaire doelstelling tot het bevorderen van de interne markt ter zake het creëren van een gelijk niveau van bescherming van fundamentele rechten en vrijheden bij de verwerking van persoonsgegevens in de sector elektronische communicatie. De werkelijke doelstelling van de richtlijn — de voorkoming, bestrijding en vervolging van ernstige criminaliteit — is dus niet een bevoegdheid onder de eerste pijler van de EU maar een onder de derde pijler. Er geldt alsdan een geheel ander bevoegdheidskader van de EU.

Bij het recht van vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG speelt een vergelijkbaar bevoegdheidsprobleem. Ook daar wordt de vigerende ruime uitleg van dit recht 'kennelijk' (bij gebreke van een met name genoemde doelstelling) toegeschreven aan een nevendoelstelling van de richtlijn. Deze nevendoelstelling brengt echter een verstrekkende inbreuk mee op de bevoegdheden van de lidstaten op het bepalen van de reikwijdte van de dekking onder de rechtsbijstandverzekering.

Ik kom hier tot toepassing van de voormelde criteria. De beoordeling van een ruime uitleg van het recht van vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG, gebaseerd op strikte lezing van de elfde overweging van de preambule van de richtlijn, levert mijns inziens het resultaat op dat deze maatregel kennelijk ongeschikt is om het beoogde doel te bereiken. Hoewel op zichzelf beschouwd de

479. Adus de A-G in zijn conclusie bij het arrest in gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12, ECLI:EU:C:2013:845:

100. Aangekomen bij het laatste stadium van het onderzoek van de evenredigheid van richtlijn 2006/24 in de zin van artikel 5, lid 4, VEU, stel ik vast dat er een kennelijke onevenredigheid bestaat tussen de intensiteit van de interventie op het gebied van de regeling van de grondrechten die de inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven betekent waarmee de lidstaten worden opgezadeld via de uitvoering van richtlijn 2006/24, en de doelstelling verband houdend met de noodzaak de goede werking van de interne markt te waarborgen, die de meest zwaarwegende is van de richtlijn(85) en de vaststelling ervan op basis van artikel 95 EG rechtvaardigde. De invloed die richtlijn 2006/24 door haar constitutieve strekking heeft op de bevoegdheden van de lidstaten op het vlak van de regulering en de waarborging van de inhoud van de grondrechten kan niet worden onderschat. (...)

103. De zaak ligt echter niet zo eenvoudig, aangezien een 'meest zwaarwegende' doelstelling niet gelijkwaardig is aan een 'uitsluitende' doelstelling, ook al zou deze meest zwaarwegende doelstelling een bepalende rol hebben gespeeld bij de aanwijzing van de juiste rechtsgrondslag. Vanuit dit oogpunt bezien moet worden erkend dat er in het kader van het onderzoek van de evenredigheid van richtlijn 2006/24 in de zin van artikel 5, lid 4, VEU wel enige ruimte is om rekening te houden met de uiteindelijke doelstelling van criminaliteitsbestrijding die door de richtlijn wordt nagestreefd. In deze optiek zou zonder probleem kunnen worden erkend dat richtlijn 2006/24, als handeling van de Unie en zonder toetsing van de evenredigheid in de zin van artikel 52, lid 1, van het Handvest, de evenredigheidstoets in de zin van artikel 5, lid 4, VEU zou kunnen doorstaan en als passend, noodzakelijk en zelfs evenredig in de zuivere zin des woords kunnen worden beschouwd.

104. De uiteindelijke vraag is of de problemen op het gebied van de evenredigheid in strikte zin die gepaard gaan met een handeling van de Unie in het licht van de meest zwaarwegende doelstelling van de handeling, kunnen worden opgelost door rekening te houden met een doelstelling die zich 'op de achtergrond' bevindt. Deze vraag is des te moeilijker te beantwoorden omdat zij speelt in een context waarin de rechtsgrondslag van de betrokken handeling nu juist is bekrachtigd op basis van die meest zwaarwegende doelstelling.

105. Aangezien richtlijn 2006/24, als handeling die de uitoefening van grondrechten beperkt, echter nog moet worden onderzocht op haar evenredigheid uit hoofde van artikel 52, lid 1, van het Handvest, ben ik van mening dat deze vraag in het kader van de onderhavige zaken niet definitief hoeft te worden beslecht.

vrije advocaatkeuze een maatregel is die geschikt en noodzakelijk is om het kenbare belang van het voorkomen en tegengaan van belangenconflicten te bewerkstelligen, is er — behoudens het geval dat zich een belangenconflict voordoet — geen objectieve basis om rechtsbijstandverzekeraars te verplichten om zaken uit te besteden en daarmee gemoeide externe kosten van rechtshulpverlener te dragen terwijl de zaak intern kan worden behandeld. Dit dient immers niet het belang van het voorkomen van belangenconflicten, dat reeds is gewaarborgd via de operationele maatregelen van artikel 3 lid 2 Richtlijn 87/344/EEG.

Verder zijn er geen objectieve gegevens ter zake enige inventarisatie van de negatieve gevolgen die een dergelijke ruimere vrije advocaatkeuze meebrengt voor de lidstaten. Daarentegen blijkt uit de richtlijnhistorie dat enkele lidstaten, waaronder Nederland, zich tijdens het totstandkomingsproces hebben verzet tegen een ruimere vrije advocaatkeuze.<sup>480</sup>

Indien er echter veronderstellenderwijs van wordt uitgegaan dat met de ruime uitleg van de vrije advocaatkeuze in de richtlijn een doelstelling wordt nagestreefd die niet tot de officiële doelstellingen van de richtlijn behoort, geldt hetgeen A-G Cruz Villalón overwoog. Wanneer de overweging om een ruime vrije advocaatkeuze te regelen louter is gebaseerd op beperkte nevendoelstellingen, waarbij dan vermoedelijk wordt gedacht aan het argument om de vertrouwensrelatie van verzekerde met zijn rechtshulpverlener te bevorderen, geldt dat daarmee klaarblijkelijk is getreden buiten de bevoegdheidsgrondslag die in de richtlijn is bepaald. Immers, de richtlijn zelf steunt op artikel 57 lid 2 VEG (oud) en de bevoegdheid om ter coördinatie van de wetgevingen en bestuursrechtelijke bepalingen van lidstaten richtlijn uit te vaardigen ter bevordering van de vrijheid van vestiging. In die doelstelling ligt klaarblijkelijk niet besloten de bevoegdheid om ter zake rechtsbijstandverzekering een dekking op te dringen ter zake externe kosten voor een gekozen rechtshulpverlener. We zagen immers dat ook onder de gefinancierde rechtsbijstand een dergelijk universeel rechtsbeginsel en zodanige keuzevrijheid ontbreekt in Europees recht. Het is zodoende, buiten de gevallen van belangenconflicten, per definitie aan de lidstaten en te meer aan verzekeraars en verzekerden onderling om te bepalen hoever de verzekeringsdekking strekt ter zake het moment waarop een rechtshulpverlener op kosten van verzekeraar mag worden gekozen.

Het is daarom zeer problematisch om de lidstaten en rechtsbijstandverzekeraars niet alleen de vrije advocaatkeuze op te leggen, maar ook voor te schrijven dat zij eventueel een externe rechtshulpverlener moeten inschakelen in het kader van een gerechtelijke of administratieve procedure. Dit betreft immers zonder meer een actieve verplichting met grote financiële consequenties die aanmerkelijk ingrijpt op de contractsvrijheid van partijen bij de rechtsbijstandverzekering. Daarbij speelt tevens een rol dat in het volgende hoofdstuk nog zal blijken dat het in de ene lidstaat, vanwege het bestaan van gereguleerde of gematigde advocatentarieven, wezenlijk minder kostbaar is om telkens bij een gerechtelijke of administratieve procedure een vrije advocaatkeuze te verlenen. In Nederland zijn de gevolgen

480. Zie paragraaf 6.4.

verhoudingsgewijs veel nadeliger bij gebreke van voorzienbare en gematigde gemiddelde rechtshulpstarieven.

De Europese problematiek van de vrije advocaatkeuze heeft zodoende ook tot gevolg dat het Europeesrechtelijke beginsel van contractsvrijheid van artikel 16 EU-Handvest grotendeels van zijn inhoud wordt beroofd. Immers, voor zover dit beginsel niet alleen wordt toegepast ten aanzien van de keuze van een (rechts)persoon om met eenieder te contracteren maar ook gevrijwaard te zijn van een zekere invloed van beperkende regelgeving, wordt het ter zake sterk ingedamd. Het is waar dat dit recht van contractsvrijheid geclausuleerd is en moet worden gezien in het kader van de economische rechtsunie en zijn supranationaliteit.<sup>481</sup> Echter, als het recht reeds kan worden ingeperkt op grond van een *secundaire, impliciete* doelstelling die niet is terug te voeren op een grondslag in het verdrag noch in een Europees grondrecht, wordt de vrijheid te contracteren ten aanzien van de inhoud van contracten grotendeels een dode letter.<sup>482</sup>

## 8.8 Nederlandse jurisprudentie na het *Sneller*-arrest van het HvJ EU

De rechtspraak van het HvJ EU inzake *Sneller* en ruime uitleg van het vrije advocaatkeuzerecht is overgenomen door de Hoge Raad in zijn uitspraak van 21 februari 2014.<sup>483</sup> Daarbij overwoog de Hoge Raad dat de voorzieningenrechter de vordering van *Sneller* gelijk had moeten toewijzen op basis van beantwoording van de tweede prejudiciële vraag door het hof: het maakt geen verschil of in de betreffende procedure waarin verzekerde bijstand behoeft procesvertegenwoordiging verplicht is. De A-G Spier bracht in zijn conclusie voorafgaand aan het arrest van de HR nog naar voren dat ook bij het HvJ EU door DAS geen inzicht was gegeven in de implicaties van een ruime uitleg van het recht vrije advocaatkeuze.<sup>484</sup>

Het arrest *Sneller* heeft een nieuwe stroom van jurisprudentie over de vrije advocaatkeuze in beweging gebracht, met name van het Kifid. De nieuwe jurisprudentie ziet vooral op het *moment* dat het recht van vrije advocaatkeuze geldt, de vraag hoe om te gaan met verzoeken van *vergoeding van kosten achteraf* als verzekerde buiten de verzekeraar om reeds een advocaat of andere rechtshulpverlener heeft ingeschakeld en ten slotte de omvang van het keuzerecht (de inhoud van het begrip ‘*administratieve procedure*’). In deze paragraaf bespreek ik hoe in Nederlandse jurisprudentie

481. Zie artikel 52 lid 1 EU-Handvest, en de toelichting op het Handvest bij artikel 16.

482. Een uitzonderlijk arrest van het Hof ten faveure van de contractsvrijheid is HvJ EU 18 juli 2013, C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521 (*Alemo-Herron/Parkwood*); Freedom of Contract as a General Principle of EU Law? Transfers of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law: Case C-426/11 *Alemo-Herron and others v Parkwood Leisure Ltd*, zie ook Prassl 2013, p. 434-446.

483. HR 21 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:396, NJ 2015, 55, m.nt. Krans.

484. Conclusie nr. 11/04252, d.d. 3 januari 2014. De A-G wees er nogmaals op dat de door DAS aangegeven cijfers over de huidige financiële kosten gemoeid met uitbesteding aan advocaten en de verwachte kostenstijging bij een ruime vrije advocaatkeuze oncontroleerbaar en onbegrijpelijk zijn. Met name interessant aan de conclusie is dat DAS zou hebben vertrouwd op cijfers van het RIAD – de branchevereniging van rechtsbijstandverzekeraars – waarin genoemd is dat de premies van rechtsbijstandverzekeringen binnen de EU tussen € 10 en € 300 zouden bedragen en in Nederland tussen € 144 en € 306. Kortom, met de woorden van de A-G, het behoeft nadere toelichting waarom een forse premiestijging is te verwachten van een ruime vrije advocaatkeuze, wanneer in de andere EU-landen, die allicht in meer of mindere mate reeds handelen volgens een ruime(re) vrije advocaatkeuze reeds vergelijkbare premies worden gehanteerd.

de ruimere uitleg van het HvJ EU inzake *Sneller* is overgenomen. In de volgende paragraaf ga ik nog in op de Nederlandse jurisprudentie en nieuwe prejudiciële vragen aan het HvJ EU omtrent het begrip ‘administratieve procedure’.

Allereerst bespreek ik hier de jurisprudentie omtrent het moment van intreden van het recht van vrije advocaatkeuze. Sinds het wijzen van het arrest *Sneller* op 7 november 2013 geldt aldus een ruime uitleg van het vrije advocaatkeuzerecht van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG. Dit betekent in essentie dat de woorden ‘wordt gevraagd’ van de bepaling niet richtinggevend zijn, in de zin dat het niet uitmaakt of een verzoek wordt gedaan aan een externe rechtshulpverlener. Met andere woorden: het tweede criterium van een ‘verzoek’ aan een externe rechtshulpverlener – in de Nederlandse praktijk steeds een advocaat, gezien het procesmonopolie – dat het Hof Amsterdam in de eerder besproken beroepszaak nog vaststelde, geldt niet meer. Beslissend is nu het criterium of verzekerde bijstand nodig heeft in het kader van een gerechtelijke of administratieve procedure.

Daarmee komt de vraag op hoe concreet het moment van intreden van de vrije advocaatkeuze na het wijzen van *Sneller*-arrest moet zijn. Als verzekerde door diens wederpartij in rechte wordt betrokken, dan is het moment van de behoefte aan processuele bijstand gegeven. Hoe ligt dit echter als het initiatief bij verzekerde ligt, en deze op enig moment zelfstandig zijn rechten geldend wil maken in een procedure? De zaken liggen dan wezenlijk anders. Rekening moet worden gehouden met preliminaire condities (bijvoorbeeld het sturen van een ingebrekestelling voordat de wederpartij van verzekerde ook aansprakelijk kan worden gehouden), bewijsvergaring, etc., alvorens het opportuun is om een procedure te starten. Het kan bovendien in het belang van partijen zijn om te zoeken naar een minnelijke oplossing.<sup>485</sup>

Ik bespreek hieronder een aantal Kifid-uitspraken over het moment van intreden van het recht van vrije advocaatkeuze. Over het onderwerp zijn tot op heden geen uitspraken van de burgerlijke rechter gepubliceerd. Uit de uitspraken van het Kifid blijkt dat het moment van intreden van de vrije advocaatkeuze niet altijd even gemakkelijk en eenduidig kan worden bepaald.

De uitspraak van 3 maart 2014, nr. 110 van de Geschillencommissie van het Kifid is een uitspraak waarin het moment van vrije advocaatkeuze niet zozeer voor de hand lag.<sup>486</sup> Deze zaak betrof een arbeidsgeschil waarbij verzekerde, een docent, op non-actief was gesteld naar aanleiding van een klacht van een leerlinge van ernstig grensoverschrijdend en ongepast gedrag. Ook heeft deze leerlinge aangifte gedaan van seksueel misbruik. Verzekerde werd vervolgens op non-actief gesteld

485. Zie kwaliteitscode rechtsbijstand 2014, 11/04252: ‘3.4 Rechtsbijstandverzekeraar verleent passende rechtshulp a. De rechtshulpverlener geeft de rechtshulp die in de betreffende situatie passend is. b. Bij het bieden van de rechtshulp houdt de rechtshulpverlener in alle stadia van de behandeling voor ogen dat een regeling in der minne de voorkeur kan verdienen boven een gerechtelijke procedure. De rechtshulpverlener zal dit altijd vooraf met de klant bespreken. c. Als de rechtshulpverlener het voeren van een gerechtelijke procedure noodzakelijk acht, vindt altijd overleg plaats met de wederpartij.’ En voor de advocaat, Gedagsregels 1992: (regel 4) ‘De advocaat dient zich voor ogen te houden dat een regeling in der minne vaak de voorkeur verdient boven een proces’.

486. Kifid GC 2014-110.



door de werkgever. De klacht van verzekerde tegen zijn rechtsbijstandverzekeraar was tweeledig. In de eerste plaats betoogde hij dat de rechtsbijstandverzekeraar tekort was geschoten in de uitvoering van de verzekeringsovereenkomst. De Commissie wees deze lezing van de hand en overwoog dat causaal verband ter zake ontbrak.<sup>487</sup> Wel vond verzekerde gehoor voor het tweede deel van de klacht van verzekerde, ten aanzien van diens beroep op het recht van vrije advocaatkeuze in verband met een te voeren gerechtelijke procedure. Met referentie aan het *Sneller*-arrest heeft de Geschillencommissie in deze zaak een erg ruime uitleg van het vrije advocaatkeuzerecht overwogen, in de zin dat (zelfs) de buitengerechtelijk bijstand van de advocaat in deze zaak onder het bereik van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG viel. De Commissie overwoog:

‘Deze ruime uitleg past bij de tekst van rechtsoverweging 22 waarin bepaald wordt (cursivering Commissie) dat “het belang van de voor rechtsbijstand verzekerde inhoudt dat deze *in het kader van gerechtelijke of administratieve procedures* zelf zijn advocaat moet kunnen kiezen (...)”. In de gecursiveerde woorden wordt nauw verband met de procedures geëist en worden handelingen van de verzekerde in de voor- of nafase van een procedure – in overeenstemming met de gedachte van ruime bescherming – niet uitgezonderd. Uit het dossier blijkt dat de werkzaamheden van de advocaat waarvoor Consument vergoeding van Aangeslotene verlangt, verricht zijn in het kader van een (met name arbeidsrechtelijke) procedure in de zojuist genoemde zin.’

Dit benoemde *nauwe verband* met procedures geeft als criterium weinig houvast. Bovendien is het met deze uitleg eenvoudig om de primaire dienstverlening in natura van de rechtsbijstandverzekeraar te ondergraven. Verzekerde zou bij deze lezing immers in de preprocesuele fase vrij eenvoudig een advocaat kunnen inschakelen en de kosten voor rekening van de rechtsbijstandverzekeraar brengen als op enig moment een procedure aan de orde kan komen. In mijn ogen werd tegen dit even diffuse criterium van het NOvA terecht en met succes bezwaar aangetekend door rechtsbijstandverzekeraars.<sup>488</sup> Evenwel moet hier worden opgemerkt dat niet voldoende duidelijk naar voren komt waaruit de Geschillencommissie dit nauwe verband met een procedure werd verondersteld, zodat van vrije advocaatkeuze sprake was.

In een andere uitspraak van de Geschillencommissie, uit 2015, werd daarentegen uitgegaan van een beperkte opvatting van het moment van aanvang van de procedure en intrede van het recht van vrije advocaatkeuze.<sup>489</sup> In geschil was een verzoek van verzekerde tot vergoeding van advocaatkosten in een verzoekschrift-procedure tot ontbinding van zijn arbeidsovereenkomst. De werkgever van verze-

487. Kifid GC 2014-110, r.o. 5.3.

488. Deze ruime uitleg lijkt daarmee op de lezing van het recht op vrije advocaatkeuze van de oorspronkelijke tekst van de Verordening van de praktijkuitoefening in dienstbetrekking van de NOvA. Volgens deze lezing van die verordening van de NOvA gold dat verzekerde reeds aanspraak maakte op de vrije advocaatkeuze wanneer bijstand verlangd inzake een kwestie met een redelijkerwijs te verwachten procedure. Zie paragraaf 7.4.3 en *Gunst & Bruinsma* 2002, p. 13.

489. Kifid GC 2015-061.

kerde had op 9 januari 2014 kenbaar gemaakt aan te sturen op de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Vlak daarvoor, op 7 januari 2014, had de rechtsbijstandverzekeraar verzekerde bericht dat zij het verzoek tot vergoeding van advocaatkosten afwees vanwege het ontbreken van een gerechtelijke of administratieve procedure. Eerst op 31 januari 2014 ontving verzekerde het verzoekschrift tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Verzekerde verzocht daarentegen om de advocaatkosten van € 14.974,40 te vergoeden over de gehele periode, per 9 januari 2014, terwijl de rechtsbijstandverzekeraar slechts bereid was een bedrag van € 9.572,09 te vergoeden ter zake de gerechtelijke procedure, vanaf 1 februari 2014 (derhalve na ontvangst van het verzoekschrift).

De Geschillencommissie oordeelde dat eerst op 30 januari 2014 een recht op vergoeding van kosten gold. Daartoe zocht de Geschillencommissie aansluiting bij procesrecht (art. 261 Rv) en de formele datum van het indienen van de gerechtelijke procedure.

Ten aanzien van het aanvangsmoment van het vrije advocaatkeuzerecht kan ten slotte worden gewezen op de uitspraak van de Geschillencommissie van het Kifid van 27 oktober 2015.<sup>490</sup> Deze uitspraak bevestigt mijns inziens dat de laatstgenoemde uitspraak met een beperkter formeel procedurecriterium, de juiste is. In de onderhavige zaak was door de rechtsbijstandverzekeraar en verzekerde geanticipeerd op een te voeren gerechtelijke procedure, waarbij ook aan verzekerde een advocaatkeuze was toegezegd. Het kwam echter niet tot een procedure toen de wederpartij van verzekerde, diens ex-partner, bereid was mee te werken aan een minnelijke oplossing. Verzekerde had in de tussentijd, buiten de verzekeringsmaatschappij om, zich laten bijstaan door een advocaat en verzocht de maatschappij de daarbij gemaakte kosten van € 3.188,54 te vergoeden. De Commissie wees dit verzoek echter af daar het nog niet tot een gerechtelijke procedure was gekomen.

De voornoemde beperkte uitleg van het moment dat een procedure geldt en derhalve sprake is van een recht op vrije advocaatkeuze is ook in latere uitspraken van het Kifid gehandhaafd.<sup>491</sup> Daarom dient ervan uit te worden gegaan dat het Kifid er (inmiddels) van uitgaat dat de advocaatkosten waarvan (consument-)verzekerde vergoeding verlangt moeten zijn gemaakt in het kader van een gerechtelijke of administratieve procedure. Daarbuiten geldt in beginsel geen recht van vrije advocaatkeuze.

Ik vervolg hier met de bespreking van de wijze waarop in jurisprudentie wordt omgegaan met verzoeken tot kostenvergoedingen achteraf, wanneer verzekerde op het moment van aanmelding van zijn dossier bij de rechtsbijstandverzekeraar reeds zelfstandig de advocaat heeft ingeschakeld. De verzekeringsmaatschappij zal zich doorgaans de inschakeling van de advocaat of andere rechtshulpverlener willen voorbehouden, daar deze dan zo mogelijk tariefafspraken kan maken met de advocaat en kan wijzen op de toepasselijke verzekeringsovereenkomst en verze-

490. Kifid GC 2015-310.

491. Zie Kifid GC 2016-472; Kifid GC 2017-394; Kifid GC 2017-253; Kifid GC 2017-876 en Kifid GC 2018-013.

keringsvoorwaarden. Men dient niet in de laatste plaats te beseffen dat verzekerde, verzekeraar en de te kiezen rechtshulpverlener of andere rechtshulpverlener in een driehoeksverhouding staan.<sup>492</sup>

Sinds het *Sneller*-arrest geldt dat het recht van vrije advocaat niet afhankelijk mag worden gesteld van een besluit van rechtsbijstandverzekeraar, zodat de vraag opkomt in hoeverre verzekeraar nog beperkingen mag stellen aan de wijze van inschakeling van de externe rechtshulpverlener onder de polis. Indien verzekerde bij normale, tijdige melding aan rechtsbijstandverzekeraar dekking had gehad voor zijn zaak, zal alsdan retrospectief moeten worden bepaald welke kosten verzekeraar conform de polis had kunnen claimen. Een goed voorbeeld van een dergelijke oplossing is te vinden in een uitspraak van 28 juli 2014 van de Geschillencommissie van het Kifid, ter zake een vordering tot kostenvergoeding inzake een bestuursrechtelijke beroepsprocedure.<sup>493</sup> De commissie overwoog dat sinds het arrest *Sneller* de advocaatkosten ter zake een gerechtelijke of administratieve procedure in beginsel moeten worden vergoed. Verder overwoog de commissie dat de omstandigheid dat verzekeraar geen tariefafspraken had kunnen maken met de gekozen advocaat geen algeheel verval-van-recht rechtvaardigde.<sup>494</sup> De commissie achtte via de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid schattenderwijs een vergoeding van advocaatkosten van € 15.000 van de gevorderde € 22.000 aangewezen.<sup>495</sup>

Uit deze uitspraak blijkt dat de ruime uitleg van recht van vrije advocaatkeuze niet snel mag worden veronachtzaamd, door middel van restrictieve verzekeringsvoorwaarden, ook niet in die gevallen waarin het verzekerde (gedeeltelijk) zelf valt aan te rekenen dat een dergelijk beding wordt ingeroepen. Ik zal in paragraaf 10.6 uitgebreider ingaan op toelaatbaarheid van dergelijke medewerkingsverplichting-bedingen in de verzekeringsvoorwaarden. Hier bespreek ik enkel nog kort het spanningsveld tussen dergelijke bepalingen en de vigerende ruime uitleg van het recht van vrije advocaatkeuze.

Strikt genomen is ook nu na de Europese arresten ter zake de vrije advocaatkeuze nog niet concreet beantwoord of verzekeraar mag bedingen dat slechts de kosten worden vergoed van de rechtshulpverlener die hij heeft ingeschakeld. Anders gezegd, mag verzekeraar aldus een *verbod op zelfstandige inschakeling van een externe rechtshulpverlener* bedingen? Een en ander luistert erg nauw. In het arrest *Sneller* van het HvJ EU ging het om een verwante, maar wezenlijk verschillende vraag, namelijk of verzekeraar de vrije advocaatkeuze mocht beperken tot de situaties waarin hij besloot dat een externe rechtshulpverlener moest worden ingeschakeld.<sup>496</sup> Daaren-

492. Zie hierover Holthinrichs 2015, paragraaf 27.9.

493. Kifid GC 2014-287.

494. Zie r.o. 5.4. van de uitspraak. De commissie achtte onvoldoende gesteld dat verzekeraar een beter resultaat had kunnen bereiken in bezwaar. Daarbij moet overigens worden bedacht dat inmiddels in de zaak *Büyüktipi* door het HvJ EU is beslist dat de bezwaarfase ook onder het recht van vrije advocaatkeuze valt, HvJ EU 7 april 2016, C-5/15, ECLI:EU:C:2016:218.

495. Dit komt neer op proportionaliteitsbenadering overeenkomstig het arrest *Polygram*, HR 27 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717.

496. HvJ EU 7 november 2013, C-442/12, ECLI:EU:C:2013:717. Zie paragraaf 8.6. Het hof besliste in concreto: 'Artikel 4, lid 1, sub a, van richtlijn 87/344/EEG van de Raad van 22 juni 1987 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de rechtsbijstandverzekering, moet aldus worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat een rechtsbijstandverzekeraar die in zijn

tegen overwoog het HvJ EU in het arrest *Stark* dat beperkingen mogen worden gesteld ten aanzien van de 'reikwijdte' van de dekking.<sup>497</sup> Zoveel is duidelijk dat uit de arresten van het HvJ EU volgt dat geen beperkingen mogen worden gesteld aan de te kiezen persoon van de rechtshulpverlener noch beperkingen mogen worden gesteld aan het moment dat een rechtshulpverlener door verzekerde wordt gekozen, wanneer zich eenmaal een gerechtelijke of administratieve procedure voordoet. Daarmee is in strikte zin niet gezegd dat geen formele vereisten mogen worden gesteld ten aanzien van de wijze van inschakeling van de gekozen externe advocaat of andere rechtshulpverlener, als voorwaarde van vergoeding.

Tegelijkertijd besef ik mij ter dege dat een verbod op het zelfstandig inschakelen van de externe rechtshulpverlener de toets der kritiek van het HvJ EU waarschijnlijk niet zal doorstaan, gezien de ruime bescherming van verzekerden die het hof verdedigt.<sup>498</sup> Zoals hiervoor in paragraaf 8.7.4 reeds door mij gesteld, meen ik dat dan sprake is van een ongefundeerd ruime uitleg van het recht van vrije advocaatkeuze strijdig met de contractsvrijheid van partijen. Ik zie in Richtlijn 87/344/EEG geen basis om rechtsbijstandverzekeraars te verbieden dat zij zich ten opzichte van verzekerden voorbehouden om zelf externe rechtshulpverleners in te schakelen, op straffe van verlies van aanspraken onder de verzekering. Daarmee worden verzekerden immers geen rechten ontzegd ten aanzien van de vrije advocaatkeuze. Het is echter van belang dat verzekeraar in de praktijk in de tariefonderhandelingen met de rechtshulpverlener maar geen dusdanige beperkingen opwerpt dat geen reële vrije advocaatkeuze bestaat (het criterium van het *Stark*-arrest).<sup>499</sup> Wel dient dan telkens ook te zijn voldaan aan het criterium van het *redelijk belang* van verzekeraar. Dit belang kan mijns inziens wel worden geconstrueerd in de zin dat rechtsbijstandverzekeraars er baat bij hebben om een duidelijke opdracht te verstrekken en tariefafspraken te maken met de externe rechtshulpverlener.<sup>500</sup>

Wordt in rechte eenmaal aangenomen dat verzekeraar een redelijk belang had om in de voorliggende kwestie verval-van-recht te bedingen, vanwege het handelen van verzekerde, dan kan in een voorkomend geval door verzekerde nog een pro-

verzekeringsovereenkomsten regelt dat rechtsbijstand in beginsel wordt verleend door zijn werknemers, tevens bedingt dat de kosten van rechtsbijstand van een door de verzekerde vrij gekozen advocaat of rechtsbijstandverlener slechts vergoed kunnen worden indien de verzekeraar van mening is dat de behandeling van de zaak aan een externe rechtshulpverlener moet worden uitbesteed.'

497. HvJ EU 26 mei 2011, C-293/10, ECLI:EU:C:2011:355. Het hof overwoog meer precies: 'Artikel 4, lid 1, van richtlijn 87/344/EEG van de Raad van 22 juni 1987 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de rechtsbijstandverzekering, moet aldus worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een nationale bepaling volgens welke in een verzekeringsovereenkomst kan worden overeengekomen dat de voor rechtsbijstand verzekerde voor zijn vertegenwoordiging in een gerechtelijke of administratieve procedure enkel een tot de beroepshalve vertegenwoordiging van partijen bevoegde persoon mag kiezen die kantoor houdt in de plaats van de gerechtelijke of administratieve instantie die in eerste aanleg bevoegd is, voor zover, teneinde de vrijheid van de verzekerde om de met zijn vertegenwoordiging belaste persoon te kiezen niet van haar inhoud te beroven, deze beperking slechts betrekking heeft op de reikwijdte van de dekking [onderstreping toegevoegd, DBH] door de rechtsbijstandverzekeraar van de kosten van de bijstand door een vertegenwoordiger, en de door deze verzekeraar werkelijk betaalde vergoeding toereikend is, hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan.'

498. Ik vraag mij zelfs af of het hof in een voorkomend geval een in die zin voorgelegde vraag zal beantwoorden, na het arrest *Sneller*, HvJ EU 7 november 2013, ECLI:EU:C:2013:717.

499. HvJ EU 26 mei 2011, ECLI:EU:C:2011:355.

500. Ik ga op die kwestie in paragraaf 10.6 dieper in.

portionaliteitscorrectie worden verlangd.<sup>501</sup> Alsdan zal de door verzekeraar geleden schade vanwege de door verzekerde geschonden verplichting worden verrekend met de te maken externe kosten ter zake de externe rechtshulpverlening. De resterende verzekerde toekomstende advocaatkosten zullen voor verzekerde een toereikende vergoeding moeten zijn om een ‘redelijke keuze’ voor een rechtshulpverlener te kunnen maken.<sup>502</sup> Verwezen zij naar de hiervoor besproken uitspraak van de Geschillencommissie van het Kifid van 28 juli 2014.

## 8.9      **Europese rechtspraak II: nieuwe prejudiciële vragen omtrent het begrip ‘administratieve procedure’ van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG**<sup>503</sup>

Ik sluit dit hoofdstuk af met een beschrijving van de laatste stand van zaken inzake de vrije advocaatkeuze met betrekking tot ‘administratieve procedures’, zoals omschreven in artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG. Hieronder zal blijken dat over de uitleg van dit begrip onduidelijkheid bestaat, hetgeen aanleiding is geweest voor nieuwe prejudiciële vragen aan het hof in een tweetal Nederlandse zaken. Kort gezegd ging het in deze zaken om de vraag of respectievelijk de UWV-procedure en de bestuurlijke voorprocedure (ingeleid door een bezwaarschrift aan een bestuursorgaan) kwalificeren als administratieve procedure in de zin van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG. Deze twee nieuwe zaken werden gevoegd behandeld door het HvJ EU. Het hof deed op 7 april 2016 uitspraak in beide zaken.

### 8.9.1      **UWV-procedures (*Massar/DAS Nederlandse Rechtsbijstand Verzekeringmaatschappij*)**

De eerste zaak waarin de vrije advocaatkeuze ter zake UWV-procedures in Europese context werd geplaatst, is de zaak van verzekerde Massar tegen rechtsbijstandverzekeraar DAS. In deze zaak speelde de vraag of ontslaanvragen via het UWV, een bestuursorgaan, onder het bereik van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG en daarmee onder artikel 4:67 Wft, vallen. Ik bespreek hier het procesverloop en de aan het HvJ EU gestelde prejudiciële vragen.

Het procesverloop in feitelijke instanties blijkt uit het tussenvonnis van de Rechtbank Amsterdam van 18 maart 2014, waarin een prejudiciële vraag is gesteld aan de Hoge Raad.<sup>504</sup> Verzekerde Massar had een rechtsbijstandverzekering bij ASR waarvan de uitvoering was overgedragen aan DAS. Op 14 januari 2014 had de werkgever van Massar aan het UWV conform artikel 6 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA) verzocht de arbeidsovereenkomst met Massar te mogen beëindigen. Massar verzocht bij DAS om de kosten van de door hem gekozen externe advocaat te vergoeden. Dit werd door DAS op 22 januari 2014 geweigerd met de mededeling dat geen sprake was van een gerechtelijke of administratieve procedure, omdat het geen procedure was ten overstaan van een gerecht of overheidsrechter maar ten overstaan van een bestuursorgaan. Na dit afwijzende bericht heeft Massar

501. HR 27 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717.

502. Aldus het arrest *Stark*, HvJ EU 26 mei 2011, C-293/10, ECLI:EU:C:2011:355.

503. Zie hierover ook Holthinrichs 2016, p. 216-223.

504. Rb. Amsterdam 18 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1920.

voor de Rechtbank Amsterdam in kort geding primair gevorderd om DAS te veroordelen tot het verstrekken van een opdracht aan de gekozen advocaat, inzake de UWV-procedure en subsidiair om DAS te veroordelen tot het betalen van een schadevergoeding ter hoogte van de advocaatkosten. Aldus Massar brengt artikel 4:67 Wft en artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG mee dat een verzekerde zijn advocaat mag kiezen op kosten van de rechtsbijstandverzekeraar, ook als er sprake is van een administratieve procedure zoals een procedure ter zake een ontslagaanvraag bij het UWV.

De rechtbank overwoog dat de vraag naar de kwalificatie van de UWV-procedure van het BBA in het licht van Richtlijn 87/344/EEG de uitleg van Europees recht betrof. Derhalve kwam de vraag aan bod of het opportuun was om rechtstreeks prejudiciële vragen aan het HvJ EU te stellen of dat prejudiciële vragen aan de Hoge Raad moesten worden gesteld. De rechtbank koos voor dit laatste. De rechtbank voorzag namelijk dat de beantwoording van prejudiciële vragen door het HvJ EU in dergelijke algemene termen kan geschieden dat nog nadere invulling noodzakelijk is om te bepalen of de onderhavige UWV-procedure volgens de uitspraak van het HvJ EU kwalificeert als een administratieve procedure bedoeld in artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG. Derhalve formuleerde de Rechtbank Amsterdam voor de Hoge Raad de prejudiciële vraag:

‘Wat wordt verstaan onder het begrip “gerechtelijke of administratieve procedure” als bedoeld in artikel 4:67 Wft en valt de procedure bij het UWV, die volgt op een verzoek van een werkgever om toestemming te verlenen voor opzegging van een arbeidsverhouding (ex artikel 6 BBA), onder dit begrip?’

De Hoge Raad heeft zich vervolgens over de prejudiciële vraag van uitleg van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG gebogen. De Hoge Raad kwam tot het voorlopige oordeel dat een UWV-procedure onder het bereik van het artikel komt. Daarbij heeft de Hoge Raad het karakter van de procedure tegen het licht gehouden en acht geslagen op de volgende aspecten van de UWV-procedure:

- a. het verzoek van de werkgever tot aanvraag van een ontslagvergunning geschiedt bij het UWV, dat een zelfstandig bestuursorgaan van de centrale overheid is;
- b. het BBA strekt tot bescherming van de sociaaleconomische verhoudingen in Nederland, tegen ongerechtvaardigd ontslag. Het betreft een preventieve bestuurlijke ontslagtoets met bescherming van zwakkere groepen op de arbeidsmarkt;
- c. de werknemer kan in de procedure ‘verweer voeren’ tegen het ontslagverzoek en derhalve zijn zienswijze naar voren brengen;
- d. tegen de beslissing van het UWV tot toewijzing of afwijzing kan noch bezwaar, noch beroep worden ingesteld bij een (ander) bestuursorgaan of rechterlijke instantie;
- e. bij toewijzing van het verzoek kan de werkgever de arbeidsovereenkomst opzeggen met inachtneming van een opzegtermijn;

- f. de werknemer rest bij toewijzing een vordering tot schadevergoeding op de grondslag kennelijk onredelijk ontslag.

De Hoge Raad overwoog voorshands dat een UWV-procedure kwalificeert als administratieve procedure bedoeld in artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG. In de eerste plaats wijst de Hoge Raad daartoe op het terugkerende onderscheid in verschillende taalversies tussen de ‘gerechtelijke’ procedure en ‘administratieve’ procedure. Het feit dat een procedure niet plaatsvindt ten overstaan van een rechterlijke instantie is derhalve niet beslissend volgens de Hoge Raad. Daarbij overwoog de Hoge Raad dat hoewel de aanvraag van een ontslagvergunning niet geldt als een (administratieve) procedure, de aard en gevolgen ervan aanleiding kunnen geven deze wel te kwalificeren als een administratieve procedure conform artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG.

Ten tweede haakte de Hoge Raad aan bij de ruime uitleg van het vrije-advocaatkeuzerecht uit het arrest *Sneller*. De Hoge Raad onderkende de verstrekkende gevolgen voor de werknemer in de UWV-procedure, waarbij volgens de Raad burgerlijke rechten en plichten ex artikel 6 EVRM in het geding zijn. Aldus de Hoge Raad dient uit te worden gegaan van de behoefte aan rechtsbijstand van werknemers betrokken in de UWV-procedure.

Opvallend is nog dat de Hoge Raad overweegt:

‘Naar het voorlopige oordeel van de Hoge Raad rechtvaardigt de ruime bescherming van de belangen van de verzekerde die de Richtlijn, en met name art. 4 ervan, beoogt te bieden, daarom dat de procedure bij het UWV door die bepaling wordt bestreken. *Alleen langs die weg kan worden bereikt dat de werknemer die voor rechtsbijstand is verzekerd, aanspraak erop kan maken dat hij in de procedure bij het UWV, die voor het voortbestaan van zijn dienstverband verstrekkende gevolgen kan hebben, is voorzien van rechtsbijstand door een advocaat of andere gekwalificeerde persoon.*<sup>505</sup>

De gecursiveerde passage is opmerkelijk omdat het in het onderhavige geval niet om gaat of verzekerde aanspraak maakt op rechtsbijstand, maar om de vraag of hij daarbij een keuzerecht heeft. Dat verzekerde aanspraak maakt op deskundige rechtsbijstand volgt niet uit het vrije advocaatkeuzerecht maar uit de (overige) voorwaarden van de verzekeringsovereenkomst zelf. De Hoge Raad doet het hier voorkomen als ware het vrije-advocaatkeuzerecht een extra waarborg voor deskundige bijstand, wat echter nergens uit blijkt. Na het arrest *Sneller* moet — zoals ik eerder in paragraaf 8.7 aangaf — naar mijn mening worden geconcludeerd dat niet duidelijk is geworden wat de ratio achter de (ruime) vrije advocaatkeuze is. Het is derhalve slechts een aanname dat de afbakening tot een ‘gerechtelijke of administratieve procedure’ is ingegeven door het belang van verzekerde tot het minimaal verkrijgen van deskundige bijstand in een dergelijke procedure. Uit mijn analyse van de travaux préparatoires van Richtlijn 87/344/EEG bleek niet dat dit de overweging was bij deze afbakening. Eerder bleek juist dat dit minimum van

505. Hoge Raad (*Massar/DAS*), r.o. 3.6.4. (cursivering toegevoegd, DBH).

gerechtelijke en administratieve procedure correspondeerde met de in de lidstaten ten tijde van de totstandkoming van de richtlijn bestaande praktijk.

De in deze zaak aangestelde A-G, Spier, die eveneens bij de Hoge Raad concludeerde in de zaak *Sneller*, heeft voorafgaand aan het arrest van de Hoge Raad een conclusie uitgebracht.<sup>506</sup> Deze conclusie bevat allereerst interessante overwegingen ten aanzien van het maatschappelijke debat en belang van de rechtsbijstandverzekering.

Uit de conclusie van de A-G blijkt dat door DAS, evenals door Achmea — die uit eigen beweging schriftelijke opmerkingen indiende in de procedure — is gewezen op de mogelijke impact van een verruiming van de vrije advocaatkeuze in vergelijking met de status quo. De A-G concludeert (wederom) dat het in het licht van aan het HvJ EU te stellen prejudiciële vragen te betreuren is dat geen objectief en betrouwbaar cijfermateriaal beschikbaar is over de kosten die gemoeid zijn met het recht van vrije advocaatkeuze en de gevolgen van een verruiming van het recht van vrije advocaatkeuze bij positieve beantwoording van de vraag of een UWV-procedure onder het bereik van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG valt.<sup>507</sup> In paragraaf 8.5.4 gaf ik in het kader van de zaak *Sneller* reeds aan dat het een gemis is dat aan het HvJ EU geen uitgebreid en toetsbaar cijfermateriaal werd verschaft over doorwerking van de verhoogde externe kosten op de premie van de rechtsbijstandverzekering, die in Nederland immers in de eerste plaats een natuerverzekering is. In de onderhavige procedure is het gebleven bij algemeenheden, het door DAS en Achmea (in hun schriftelijke opmerkingen aan de Hoge Raad) noemen van zeer globale zaakaantallen van 10.000 respectievelijk 20.000 behandelde zaken op jaarbasis.<sup>508</sup> Ten slotte is van de zijde van DAS nog gewezen op de extra kostenlast vanwege BTW over de diensten van de externe rechtshulpverlener, die rechtsbijstandverzekeraar niet kan verrekenen.<sup>509</sup>

Ten aanzien van het juridisch-inhoudelijke debat over de reikwijdte van het begrip ‘administratieve procedure’ stelde de A-G voornamelijk dat uit Richtlijn 87/344/EEG niet volgt dat het bij een procedure in de zin van het recht van vrije advocaatkeuze steeds moet gaan om een procedure bij de overheidsrechter.<sup>510</sup> De A-G bleek niet gevoelig voor het argument dat een verruiming van het procedurebegrip, in de zin dat het ook UWV-procedures omvat, de doodsteek voor de natuerverzekering betekent.<sup>511</sup> De A-G nam verder geen stelling in ter zake de uitleg van het begrip administratieve procedure, behoudens een voorspelling dat ernstig rekening moest worden gehouden met de mogelijkheid dat het HvJ EU zijn ruime uitleg van de vrije advocaatkeuze gestand zal doen en de UWV-procedures daar qua kenmerken onder zou scharen.<sup>512</sup>

506. Conclusie A-G Spier nr. 14/01472, ECLI:NL:PHR:2014:1733 (*Massar/DAS*).

507. Conclusie A-G Spier nr. 14/01472 (*Massar/DAS*), onder het kopje 6.

508. DAS spreekt over behandelde UWV-zaken op jaarbasis waar Achmea sprak over ‘ontslagzaken’ zonder dat duidelijk is of zij daarmee specifiek doelt op UWV-zaken, zie conclusie A-G Spier, r.o. 6.2.2 en 6.3.1.

509. Zie conclusie A-G Spier (*Massar/DAS*), r.o. 6.2.5.

510. Zie conclusie A-G (*Spier Massar/DAS*), r.o. 9.5 in combinatie met 9.8 en r.o. 11.5.

511. Zie conclusie (*Spier Massar/DAS*), r.o. 9.8 en 11.5.

512. Zie conclusie (*Spier Massar/DAS*), r.o. 13.4.



### 8.9.2 Bestuurlijke voorprocedure (*Büyüktipi/Achmea*)

De tweede zaak die aan het HvJ EU werd voorgelegd voor de uitleg van het begrip ‘administratieve procedure’ is die van verzekerde Büyüktipi tegen rechtsbijstand-verzekeraar Achmea Schadeverzekeringen NV en schaderegelingskantoor Stichting Achmea Rechtsbijstand (tezamen Achmea c.s.).<sup>513</sup> De procesgang is een enigszins bijzondere aangezien de zaak tussen partijen uit hoofde van een overeenkomst van partijen bij prorogatie (art. 329 Rv) direct aan het Hof Amsterdam is voorgelegd, waarbij Achmea c.s. is gedagvaard door Büyüktipi. De zaak behelst ten gronde het navolgende.

Büyüktipi leed aan diverse psychische en fysieke aandoeningen, waarvoor hij een indicatie voor AWBZ-zorg had aangevraagd bij het Centrum Indicatiestelling Zorg (CIZ). Het CIZ heeft de taak om vast te stellen op welke AWBZ-zorg een verzoeker aanspraak maakt. De aanvraag van Büyüktipi tot een AWBZ-voorziening werd door het CIZ afgewezen. Daarna heeft Büyüktipi zich tot Achmea c.s. gewend met verzoek tot vergoeding van de advocaatkosten van de door hem gekozen advocaat. Dit werd door Achmea c.s. afgewezen.

Vervolgens heeft Büyüktipi bij het hof verzocht om Achmea c.s. te veroordelen in de (advocaat)kosten gemoeid met een procedure tegen het CIZ, inzake de afwijzing van de aanvraag om AWBZ-zorg. Daartoe deed Büyüktipi een beroep op het *Snel-ler*-arrest van het HvJ EU. Aldus Büyüktipi vallen bestuursrechtelijke bezwaarprocedures, zoals in de onderhavige zaak aan de orde, onder het bereik van de administratieve procedure, genoemd in artikel 4:67 Wft en artikel 4 Richtlijn 87/344/EEG.<sup>514</sup> Volgens Büyüktipi zijn twee argumenten daarbij redengevend. Ten eerste stelde Büyüktipi dat de term ‘administratieve procedure’ een generieke term is waaronder zowel administratief bezwaar als administratief beroep voor de rechter valt. Ten tweede wees Büyüktipi op de belangrijke toets in administratief bezwaar ten overstaan van een bestuursorgaan, waarbij een grondige en inhoudelijke heroverweging van het bestreden besluit plaatsvindt. Dit in tegenstelling tot administratief beroep bij de rechter, waarbij slechts een marginale rechtmatigheidstoets geschiedt. Bovendien, betoogde Büyüktipi, duurt een beroepsprocedure vele maanden, anders dan een bezwaarprocedure.

Het verweer van Achmea c.s. tegen een ruime toepassing van het begrip ‘administratieve procedure’ heeft raakvlakken met het standpunt van DAS in de hiervoor besproken zaak van *Massar tegen DAS*. Ook Achmea c.s. betoogde namelijk dat er sprake is van een onderscheid tussen het (bestuurlijke) voortraject, ten overstaande van een bestuursorgaan, en het gerechtelijke traject bij een overheidsrechter.<sup>515</sup>

Opvallend is echter dat Achmea c.s. teruggreep op de rechtsvraag die in *Sneller* aan de orde was. Achmea betoogde namelijk dat het recht van vrije advocaatkeuze twee criteria kent: een procedure ten overstaande van de overheidsrechter én een *noodzaak*

513. Hof Amsterdam 23 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5790 (*Hof Büyüktipi/Achmea c.s.*).

514. *Hof Büyüktipi/Achmea c.s.*, r.o. 4.5.

515. *Hof Büyüktipi/Achmea c.s.*, r.o. 4.6.

tot het inschakelen van een (externe) advocaat of andere rechtens bevoegde deskundige. Achmea c.s. wees in zoverre terug naar de prejudiciële vragen die de Hoge Raad in de zaak *Sneller* aan het HvJ EU voorlegde, namelijk of verlangd is dat een externe rechtshulpverlener wordt aangezocht alsmede of het relevant is of in de betreffende procedure rechtsbijstand verplicht is.<sup>516</sup>

Achmea heeft alsnog argumenten omtrent de richtlijnhistorie te berde gebracht, zij het vermoedelijk te laat. Achmea c.s. wees er — in lijn met hetgeen ik in hoofdstuk 6 vaststelde — op dat de richtlijn ter zake het moment van vrije advocaatkeuze uitgaat van een noodzaak tot het inschakelen van een advocaat en dat de lidstaten het minimum aan keuzevrijheid hebben gekoppeld aan de inschakeling van deze advocaat in het kader van een gerechtelijke of administratieve procedure. Daarbij hebben de lidstaten aldus Achmea c.s. ruimte gelaten om in de rechtsbijstandverzekering te bepalen vanaf welk moment het recht van vrije advocaatkeuze geldt. Ook wees Achmea c.s. erop dat de systematiek van Richtlijn 87/344/EEG uitgaat van een gezamenlijke keuze van verzekeraar en verzekerde voor uitbesteding aan advocaat, waarbij een meningsverschil daarover door verzekerde kan worden voorgelegd in het kader van de scheidsrechtelijke procedure oftewel de geschillenregeling. Ten slotte wees Achmea c.s. op het belang dat de lidstaten hechtten aan het beheersbaar houden van de externe kosten. Uit de genoemde argumenten leidde Achmea c.s. af dat onder de voorliggende omstandigheden geen sprake is van een recht op vrije advocaatkeuze, nu de inschakeling van een advocaat (nog) niet noodzakelijk is.

Het hof heeft op verzoek van partijen en na beide standpunten te hebben gehoord, met referentie aan de zaak *Massar tegen DAS*, prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ EU. Het hof heeft zich verder onthouden van het geven van een voorlopig oordeel in het onderhavige geschil. Het hof vroeg het HvJ EU de volgende prejudiciële vraag te beantwoorden:

‘Dient het begrip “administratieve procedure” in art. 4 lid 1, aanhef en onder a, van Richtlijn 87/344/EEG van de Raad van 22 juni 1987 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de rechtsbijstandverzekering, aldus te worden uitgelegd dat daaronder is begrepen de fase van bezwaar bij het CIZ, waarin degene die op een verzoek om een indicatiestelling een afwijzend besluit van het CIZ heeft gekregen een bezwaarschrift indient bij het CIZ met het verzoek het besluit te herzien?’

### 8.9.3 Uitspraken HvJ EU

#### 8.9.3.1 *HvJ EU: Massar tegen DAS*<sup>517</sup>

In zijn betrekkelijk korte en bondige uitspraak heeft het HvJ EU aan de hand van een tekstuele en een teleologische uitleg van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn

<sup>516</sup>. Zie paragraaf 8.5.4 hiervoor.

<sup>517</sup>. HvJ EU 7 april 2016, C-460/14, ECLI:EU:C:2016:216.

87/344/EEG uitmaakt dat de UWV-procedure onder het bereik van de vrije advocaatkeuze valt. Dit gold tenminste voor de UWV-procedure zoals voor invoering van de Wet Werk en Zekerheid was geregeld.<sup>518</sup>

Het oordeel van het hof is gebaseerd op enkele pijlers. Ten eerste onderstreepte het hof terecht dat het begrip ‘administratieve procedure’ in nevenschikking is geplaatst met de ‘gerechtelijke’ procedure. De gedachte dat er eerst recht op vrije advocaatkeuze zou bestaan bij een gerechtelijke procedure, is juist in strijd met de tekst van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG. De opstellers van de richtlijn hebben kennelijk een uitgebreidere reikwijdte dan enkel de gerechtelijke procedure beoogd.

Ten tweede plaatst het HvJ EU de voorliggende rechtsvraag, zoals verwacht, in de sleutel van de arresten *Sneller*<sup>519</sup> en *Eschig*,<sup>520</sup> waarin het hof reeds een ruime uitleg van de vrije advocaatkeuze heeft overwogen, met als motivering een ruime bescherming van verzekerden. De door het hof gebezigde uitleg van de vrije advocaatkeuze houdt stand tussen een liberale visie (keuzevrijheid als groot goed) enerzijds en een sociale visie (bescherming van de individuele verzekerde) anderzijds.

Ten derde brengt het HvJ EU in herinnering dat het in zijn arrest *Stark* heeft geoordeeld dat Richtlijn 87/344/EEG geen volledige harmonisatie heeft beoogd, zodat verzekeraars bevoegd zijn om (kosten)beperkingen aan te brengen in verzekeringsvoorwaarden. In *Stark* heeft HvJ EU ter zake immers vastgesteld dat een verzekerde in de praktijk tenminste een *redelijke* keuze van rechtshulpverlener moet kunnen maken, zodat de in de verzekeringsovereenkomst bepaalde vergoeding (omvang van de dekking) daarvoor toereikend moet zijn.<sup>521</sup> Aan de nationale rechter is de taak om in een voorkomend geval vast te stellen of er sprake is van een redelijke keuzemogelijkheid.

Met betrekking tot het concrete geval overwoog het hof verder dat Massar als werknemer geconfronteerd werd met een UWV-procedure waar een besluit voortvloeit ten aanzien van het dienstverband van Massar. Het hof ziet de zwaarte van het belang van Massar als gegeven nu tegen het besluit van het UWV in de UWV-procedure geen rechtsmiddel kon worden aangewend.<sup>522</sup> Betekent dit dat het oordeel van het HvJ EU anders zou uitpakken indien wel een rechtsmiddel kan worden aangewend tegen het besluit van het UWV? Vermoedelijk niet, zoals straks zal blijken aan de hand van het arrest *Büyüktipi/Achmea c.s.*

Met zijn ruime uitleg heeft het hof bevestigd dat de UWV-procedure ook onder het bereik van het vrije advocaatkeuzerecht van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG valt. De tweede prejudiciële vraag, naar de algemene criteria om te beoordelen of er sprake is van een administratieve procedure, heeft het hof onbeantwoord gelaten. Op zich is dit niet vreemd in het licht van het uitgangspunt dat

518. Wet van 4 juni 2014, *Stb.* 2014, 216.

519. HvJ EU 7 november 2013, ECLI:EU:C:2013:717.

520. HvJ EU 10 september 2009, C-199/08, ECLI:EU:C:2009:538.

521. HvJ EU *Stark*, r.o. 33 en 36.

522. HvJ EU *Massar*, r.o. 24-25.

het hof telkens een casuïstische uitleg van Europees recht geeft. In het hieronder te bespreken tweede arrest, *Büyüktipi tegen Achmea c.s.* geeft het HvJ EU toch nog enkele andere aanknopingspunten voor de beoordeling van het begrip ‘administratieve procedure’ van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG.

#### 8.9.3.2 HvJ EU: *Büyüktipi tegen Achmea c.s.*<sup>523</sup>

Net als het arrest van *Massar/DAS* is dit arrest ook kort en bondig van opzet. De inleidende drie algemene overwegingen uit de zaak *Massar* komen integraal terug in dit arrest. De op deze concrete casus toegespitste overweging van het HvJ EU bespreek ik hier nog.

Het HvJ EU kwam tot het oordeel dat de ‘bestuurlijke voorprocedure’ – in het onderhavige geval de bezwaarfase – dermate essentieel is dat een verzekerde daarin rechtsbescherming behoeft.<sup>524</sup> Het hof woog in dat verband af dat in de bezwaarfase het feitenonderzoek plaatsvindt én dat de administratieve procedure de grondslag biedt voor het beroep dat daarna volgt.<sup>525</sup>

Met name is interessant dat het hof nog een duidelijke tekstuele interpretatieve aanwijzing geeft ten behoeve van uitleg van het begrip ‘administratieve procedure’, waar hij gerechtelijke fase bij de bestuursrechter aanduidt als de opvolgende ‘administratieve’ gerechtelijke procedure.<sup>526</sup> Het hof lijkt hiermee definitief te bevestigen dat met de administratieve procedure ook daadwerkelijk een *bestuursrechtelijke* procedure, ten overstaan van een bestuursorgaan, bedoeld wordt.

#### 8.9.4 Conclusies uit de 7 april-arresten inzake de vrije advocaatkeuze

De onderhavige arresten van het HvJ EU komen niet echt als een verrassing, na de ruime verzekerde- en consumentvriendelijke lijn die het hof eerder heeft uitgezet in de arresten *Eschig*<sup>527</sup> en *Sneller*.<sup>528</sup>

De beide voorgelegde kwesties speelden zich af binnen het domein van bestuursrecht. Bij de kwestie *Massar* was dit allicht minder duidelijk als bij de zaak *Büyüktipi*. De UWV-procedure borg elementen in zich van een aan civielrecht vergelijkbare procedure op tegenspraak. Immers, de werkgever en werknemer staan daarin tegenover elkaar en de werknemer kan een verweerschrift indienen. Dit laat echter onverlet dat de procedure plaatsvindt ten overstaan van een bestuursorgaan en uitmondt in een besluit in de zin van het Awb. De bijzondere onderliggende voormalige regelgeving in kwestie van de BBA 1945 voorzag immers in een bestuurlijke ontslagtoets en naoorlogse overheidsregulering. Dat er daarbij sprake was van

523. HvJ EU 7 april 2016, C-5/15, ECLI:EU:C:2016:218 (*Büyüktipi/DAS*).

524. HvJ EU *Büyüktipi/DAS*, r.o. 23.

525. HvJ EU *Büyüktipi/DAS*, r.o. 22.

526. HvJ EU *Büyüktipi/DAS*, r.o. 22.

527. HvJ EU 10 september 2009, C-199/08, ECLI:EU:C:2009:538.

528. HvJ EU 7 november 2013, C-442/12, ECLI:EU:C:2013:717.

een onvolmaakte bestuursrechtelijke weg, doet er niet aan af dat er sprake was van een met waarborgen omklede rechtsingang.<sup>529</sup>

Het hof lijkt vervolgens in zijn arrest *Büyüktipi* met zijn aanduiding van ‘administratieve gerechtelijke procedure’ (r.o. 22) te benadrukken dat het begrip administratieve procedure beperkt is tot het rechtsgebied dat in Nederland betiteld wordt als bestuursrecht. Dit lijkt mij juist. Hoeveel de wetshistorie van Richtlijn 87/344/EEG geen uitgebreide aandacht heeft besteed aan de terminologie of ratio van deze afbakening in artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG bevat de richtlijn mijns inziens toch een duidelijke aanwijzing. In de definitiebepaling van de richtlijn, artikel 2, is namelijk een opsomming gegeven van gebruikelijke rechtsgebieden die worden bestreken door een rechtsbijstandverzekering, namelijk de: ‘civielrechtelijke, strafrechtelijke, *administratieve* of andere *procedure* (...)’. Inmiddels is de term administratief recht in onbruik geraakt in ons land. Bovendien is de Duitse taalversie van de richtlijn ter zake duidelijker met de definitie ‘*Verwaltungsverfahren*’ dat inderdaad overeenkomt met een bestuursrechtelijke procedure.<sup>530</sup>

Uit de uitspraken vloeit derhalve voort dat er (tenminste) sprake is van een ‘administratieve procedure’ in geval van een *bestuursrechtelijke procedure ten overstaan van een bestuursorgaan*. Dit moet worden onderscheiden van een gerechtelijke procedure. Het is opmerkelijk dat het hof verder nog een toelichting geeft van de noodzaak van vrije advocaatkeuze althans procesvertegenwoordiging in de casus van de beide zaken. Naar mijn mening volstaat immers de vaststelling van een bestuursrechtelijke procedure ten overstaan van een bestuursorgaan. De gegeven uitleg van het HvJ EU kan allicht worden opgevat als een toelichting van het begrip ‘procedure’ als een forum waarin feiten worden onderzocht in het kader van en gericht op het bewerkstelligen van een zeker rechtsgevolg voor de individuele belanghebbende. Van de overwegingen uit de uitspraken in samenhang beschouwd kan worden afgeleid dat het hof belang van rechtsbescherming destilleert uit de feitenvergaring, het preliminaire belang (in het kader van de opvolgende gerechtelijke fase) en de (rechts)gevolgen die voortvloeien uit de procesgang. De overwegingen van het hof zijn zodoende sterk toegesneden op 6 EVRM en de daarin verlangde mate van rechtsbescherming.

Zoveel wordt dan ook duidelijk dat fora ten overstaan van een bestuursorgaan gericht op de rechtspositie van een individuele belanghebbende, waaruit voor hem een zeker rechtsgevolg voortvloeit, gauw zullen vallen onder het administratieve procedurebegrip van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG. Niet zonder meer duidelijk is of het geven van een zienswijze bij een bestuursorgaan ook kwalificeert als administratieve procedure. Het belang van deze vraag mag niet worden onder-

529. Vergelijk Raad van State 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2369. Beroep bij de bestuursrechter is uitgesloten ten aanzien van het besluit tot het verlenen of afwijzen van een ontslagvergunning: bijlage 2, artikel 1 bij de Awb met verwijzing naar artikel 7:671a BW.

530. Verwaltungsverfahrensgesetz van 25 mei 1975. § 9 van die wet geeft een definitie:

‘§ 9 Begriff des Verwaltungsverfahrens

Das Verwaltungsverfahren im Sinne dieses Gesetzes ist die nach außen wirkende Tätigkeit der Behörden, die auf die Prüfung der Voraussetzungen, die Vorbereitung und den Erlass eines Verwaltungsaktes oder auf den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags gerichtet ist; es schließt den Erlass des Verwaltungsaktes oder den Abschluss des öffentlich-rechtlichen Vertrags ein.’

schat, aangezien de Awb in artikel 6:13 als ontvankelijkheidsvereiste voor beroep bij de bestuursrechter bepaalt dat een belanghebbende eerst een zienswijze, bezwaar of administratief beroep dient in te stellen. Dit vereiste van de ‘onderdelenfuik’ brengt mee dat de belanghebbende in zijn zienswijze, bezwaar of beroep volledig dient te zijn en de juiste onderdelen van een (ontwerp)besluit dient te bestrijden, zulks op straffe van rechtsverwerking.<sup>531</sup> In het licht van het arrest *Büyüktipi* zal juist dit belang van de mogelijke rechtsgevolgen ten aanzien van ontvankelijkheid en de beperkte mogelijkheden van aanvoeren van (nieuwe) gronden in beroep doorslaggevend kunnen zijn voor kwalificatie administratieve procedure. Dit ligt uiteraard anders als geen sprake is van een formele zienswijze in het licht van de Awb, maar van een informele setting waarin een belanghebbende vrijblijvend zijn zienswijze naar voren kan brengen.<sup>532</sup>

#### 8.10 **Balans: gevolgen van de verruimde vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG op de dekking onder de rechtsbijstandverzekering**

In paragraaf 8.7 besprak ik de sinds het arrest *Sneller* verruimde reikwijdte van het recht van vrije advocaatkeuze. Ter afronding van dit hoofdstuk bespreek ik hier de gevolgen van de verruimde advocaatkeuze voor de dekking onder een rechtsbijstandverzekering.

Sinds het arrest *Sneller* geldt dat het een rechtsbijstandverzekeraar dwingendrechtelijk is voorgeschreven dat hij met verzekerde moet overeenkomen dat — binnen de (overige) grenzen van de dekkingsomschrijving (met gedekte en uitgesloten rechtsgebieden en geschillen) — dekking geldt voor de kosten van een in het kader van een procedure gekozen externe rechtshulpverlener. Anders dan vóór het arrest *Sneller* kan rechtsbijstandverzekeraar zich dus niet voorbehouden dat hij in procedures zelf exclusief rechtshulp verleent. Van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG gaat dus een wezenlijk normatief gehalte uit, zodat de richtlijn indringend ingrijpt op de onder de rechtsbijstandverzekering geboden dekking. De richtlijn schrijft immers niet alleen de keuzevrijheid van verzekerde voor maar ook dat de het rechtsbijstanddossier op kosten van verzekeraar voor processuele bijstand moet worden uitbesteed aan een externe rechtshulpverlener wanneer verzekerde dat verlangt.

Het spreekt voor zich dat verzekeraar en verzekerde overigens vrij blijven om te bedingen voor welke rechtsgebieden en geschillen dekking geldt onder de verzeke-

531. Zie bijvoorbeeld Boogers & Wannink 2013-6, p. 10-14.

532. Hier dient een nuancering te worden geplaatst. Gezien het preliminaire karakter van de zienswijze zal in een voorkomend geval door rechtsbijstandverzekeraar het standpunt kunnen worden ingenomen dat nog geen sprake is van dekking. De rechtsbijstandverzekering biedt immers veelal dekking voor ‘geschillen’ en niet voor de mogelijkheid dat in de toekomst een geschil kan ontstaan. Bij het vragen van een zienswijze ligt er nog geen besluit maar bestaat bij het bestuursorgaan nog slechts het voornemen tot het nemen van een besluit. De verzekeringsvoorwaarden zijn dan doorslaggevend bij de vraag of er dekking bestaat op de verzekering. Hier is er sprake van een afbakening tussen eigen verantwoordelijkheid en risico — in verzekeringsrechtelijke termen de beredingsplicht — en het verzekerd risico.

ring. Ten aanzien van de omvang van de kostenvergoedingen kan worden gewezen op hetgeen het HvJ EU in het arrest *Stark* overwoog:

‘32 Zo is de in het hoofdgeding aan de orde zijnde vraag van de reikwijdte van de dekking van de kosten van de bijstand door een vertegenwoordiger niet uitdrukkelijk in deze richtlijn geregeld. Op grond van de bepalingen of de overwegingen van deze richtlijn kan immers niet worden aangenomen dat de vaststelling van het bedrag dat de rechtsbijstandverzekeraar moet toekennen ter dekking van de kosten van de met de vertegenwoordiging van de verzekerde belaste persoon, in deze richtlijn wordt geregeld.’<sup>533</sup>

Het recht van vrije advocaatkeuze is dus niet absoluut. De reikwijdte van de kostendekking is in beginsel aan de contractsvrijheid van partijen bij verzekeringsovereenkomst overgelaten. Daarbij moet echter wel worden geëerbiedigd dat een recht van vrije advocaatkeuze geldt en dat dit recht moet kunnen worden verwezenlijkt. De grenzen liggen binnen het redelijke (de redelijke mate van keuzevrijheid).<sup>534</sup> Een meer absolute grens had het hof ook bezwaarlijk kunnen geven, aangezien het dan teveel in de essentialia van de verzekeringsovereenkomst zou treden, hetgeen zou strijden met de contractsvrijheid van partijen en het iustum pretium beginsel. Zou bijvoorbeeld steeds een volledige kostendekking worden voorgeschreven dan zou dit ongetwijfeld tot drastische premiestijgingen leiden. Naast dat dit in het licht van het hiervoor in paragraaf 8.7 besprokene in nog ernstigere mate tot een miskende bevoegdheidstoeëigening van de Europese regelgever zou leiden, zou dit ook in ernstige mate schadelijk voor het voortbestaan van de rechtsbijstandverzekering kunnen zijn.

In de zaak *Stark* had het HvJ EU de omvang van de kostendekking op het oog. In die zaak stond dan ook al vast dat dekking bestond voor rechtsbijstand ter zake een gerechtelijke procedure. Een andere vraag is die of er dekking bestaat. Het dient te worden benadrukt dat Richtlijn 87/344/EEG noch de Europese rechtspraak in die vraag treedt. Het recht van vrije advocaatkeuze kan dan ook niet een recht op kostenvergoeding verschaffen wanneer het geschil waarvoor verzekerde rechtsbijstand verlangt aanstonds niet onder de dekking van de verzekering valt, bijvoorbeeld omdat geen sprake is van een gedekt rechtsgebied.

De verruiming van het recht van vrije advocaatkeuze gaat gepaard met veel extra externe kosten voor rechtsbijstandverzekeraars, gezien dat rechtsbijstandverzekeraars op het vlak van de dossieruitbestedingen die ermee gepaard gaan eerder zelf exclusief rechtshulp verleenden. Voor het overige moeten de implicaties niet worden overschat omdat de resterende dekkingsgrenzen ter vrije bepaling blijven van verzekeraar en verzekerde. Wél zullen nu eerder discussies ontstaan over de vraag of er dekking is, zeker in de gevallen waarin een verzekerde direct een beroep doet op de vrije advocaatkeuze. Rechtsbijstandverzekeraars waren in Nederland ‘poortwachter’ wat betreft het recht van vrije advocaatkeuze wanneer er zich (de

533. HvJ EU 26 mei 2011, C-293/10, ECLI:EU:C:2011:355, r.o. 32.

534. Idem, r.o. 33.

noodzaak tot) een procedure voordeed. Destijds werd immers een besluit van verzekeraar en verzekerde verlangd als voorwaarde voor het intreden van het recht van vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG. Zodoende had rechtsbijstandverzekeraar reeds kunnen toetsen of aan de overige dekkingseisen was voldaan.

Inmiddels zal het echter regelmatig voorkomen dat een verzekerde verzekeraar pas inschakelt wanneer hij met een procedure wordt geconfronteerd of zelfs nadat hij al externe bijstand heeft verkregen ter zake die procedure, soms zelfs als de procedure al is afgerond.<sup>535</sup> De rechtsbijstandverzekeraar heeft dan niet voorafgaand aan de procedure dekking kunnen toezeggen of afwijzen. Het gevolg is dan regelmatig dat achteraf alsnog bij wijze van reconstructie moet worden beoordeeld of en in hoeverre verzekerde dekking had gehad voor het geschil. Het nadeel van het feit dat alsdan de externe rechtshulpverlener niet via rechtsbijstandverzekeraar is ingeschakeld, is dat vooraf geen duidelijke afspraken zijn gemaakt tussen verzekeraar, verzekerde en de externe rechtshulpverlener. Achteraf moet dan een balans worden gezocht tussen de redelijke kostenbeperkingen die verzekeraar wil opwerpen en de redelijke keuzevrijheid die verzekerde toekomt op grond van het recht van vrije advocaatkeuze.

Er dient ab initio wel dekking te bestaan voor het voorliggende geschil en derhalve voor een te voeren procedure. Dit houdt in dat het door verzekerde gemelde geschil derhalve binnen de dekkingsomschrijving dient te vallen en er geen dekkingsuitsluiting van toepassing dient te zijn. Net als normaliter het geval kunnen diverse omstandigheden verder in de weg staan aan een recht van verzekerde op kostenvergoeding, zoals verjaring, het reeds bereikt hebben van het kostenmaximum, schending van bepaalde in de verzekeringsvoorwaarden gesanctioneerde verplichtingen door een verzekerde, etc. In hoofdstuk 10 ga ik ter zake in op een aantal restrictieve voorwaarden welke verzekeraar kan bedingen en op de vraag hoe die zich verhouden tot het recht van vrije advocaatkeuze. Ook wanneer verzekerde de zaak meldt nadat reeds een procedure is gevoerd of wanneer de procedure in behandeling is, zal dus moeten worden beoordeeld of aan de overige dekkingsvoorwaarden is voldaan voordat wordt toegekomen aan een recht op vrije advocaatkeuze en op kostenvergoeding in dat verband.

Bijzonder lastig daarbij zijn de verval-van-rechtbedingen, zoals bij te late melding (vergelijk ook artikel 7:941 lid 1 BW) en medewerkingsverplichtingen van verzekerde. Kunnen deze worden tegengeworpen aan een verzekerde die zich beroept op het recht van vrije advocaatkeuze? Het lijkt mij dat dit per geval moet worden beoordeeld. Indien een verzekerde geheel geen medewerking wil verlenen, waardoor verzekeraar geen inzage krijgt in het voorliggende geschil en daardoor de dekking niet kan beoordelen, ligt een gerechtvaardigd beroep op verval-van-recht eerder voor de hand dan wanneer een verzekerde zonder voorafgaande toestemming een externe rechtshulpverlener inschakelt voor zijn processuele bijstand voor een overigens onder de dekking vallend geschil. In dit laatste geval schuurt het verval-

535. Een goed voorbeeld hiervan is de uitspraak van de geschillencommissie van het Kifid, GC 2017-253.



van-recht met het expliciet in Richtlijn 87/344/EEG en Europese rechtspraak erkende recht van vrije advocaatkeuze, zoals ik reeds besprak in paragraaf 8.7.4.

Ten slotte vestig ik hier nog bijzondere aandacht op de complicatie in het geval dat verzekeraar in de voorwaarden heeft bedongen dat bij samenhangende geschillen eenmaal het kostenmaximum geldt.<sup>536</sup> Men bedenke de situatie dat verzekerde van verzekeraar ter zake een geschil reeds bijstand en kostenvergoedingen ten laste van het kostenmaximum heeft gekregen en hij meldt een nieuw, daarmee samenhangend geschil. Hier kan het mijns inziens niet zo zijn dat verzekerde met een beroep op het recht van vrije advocaatkeuze meer vergoed zou kunnen krijgen dan slechts een keer het kostenmaximum, zoals in de verzekering bepaald. De eis ter zake voortvloeiend uit het *Stark*-arrest, waaruit volgt dat de kostenvergoeding zodanig moet zijn dat verzekerde tenminste een ‘redelijke advocaatkeuze’ heeft, brengt hier mijns inziens niet mede dat de samenhangende-gebeurtenissenbepaling uit de verzekeringsvoorwaarden opzij wordt geschoven. De iure gaat het hier immers niet om een bepaling die in strijd komt met het recht van vrije advocaatkeuze. Het zijn hier de omstandigheden gecombineerd met een op zichzelf beschouwd redelijke dekkingsbeperking die ertoe leiden dat het kostenmaximum ter zake de samenhangende geschillen reeds (nagenoeg) is bereikt. Dit maakt naar mijn mening dat verzekerde in een dergelijk geval niet kan stellen dat, door slechts een keer tot het kostenmaximum te vergoeden, hem een redelijke advocaatkeuze wordt onthouden. Zou dit wel het geval zijn, dan zou een verzekerde immers kunnen bewerkstelligen dat hij bij samenhangende geschillen (bijvoorbeeld een terugkerende burnruezie, met vele conflicten) telkens opnieuw een kostenvergoeding tot aan het kostenmaximum krijgt, waarmee hij bereikt dat hij in zoverre een onbeperkt budget heeft voor die geschillen. Verzekeraar zou daartegen voorshands geen kostenbeperkingen kunnen stellen, hetgeen ongewenst is in het kader van een gunstige premiestelling.

## 8.11 Aanbeveling

Naar aanleiding van de in dit hoofdstuk besproken trendbreuk met de vroegere beperkte uitleg van het recht van advocaatkeuze wil ik bepleiten om voor de Nederlandse markt te bezien wat nu daadwerkelijk de economische gevolgen zijn van de ruime uitleg van dit keuzerecht. Zijn de gevolgen nu daadwerkelijk zo ingrijpend als door rechtsbijstandverzekeraars verwacht en gesteld? Komt de kwaliteit van interne en externe rechtshulpverlening misschien onder druk te staan? Ik acht het daarom opportuun om onderzoek te doen zoals onderstaand beschreven.

### AANBEVELING 1:

Om te bezien of de ruime uitleg van het recht van vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG tot een ernstige verstoring van de Nederlandse rechtsbijstandverzekeringsmarkt leidt, kan een grootschalig marktonderzoek worden verricht naar de kostenopbouw onder de rechtsbijstandverzekering, bij

536. Vergelijk bijvoorbeeld de voorwaarde die in de zaak Kifid GC 2016-08 voorlag.

voorkeur met nulmeting vanaf het *Sneller*-arrest.<sup>537</sup> Interne en externe kostenopbouw van rechtsbijstandverzekeraars kunnen worden onderzocht en gerapporteerd. Aandacht zal mijns inziens moeten worden geschonken aan de mate waarin verzekeraars openheid van zaken willen geven, vanwege concurrentiegevoeligheid van gegevens. Allicht kan het Verbond van Verzekeraars hierin een belangrijke rol spelen, terwijl het onderzoek wordt geregisseerd door een onafhankelijke partij. Indien objectieve gegevens kunnen worden vergaard én een ernstige verstoring van de markt wordt aannemelijk, hetzij vanwege aanmerkelijke premiestijgingen, hetzij vanwege een wanverhouding tussen externe kosten en premie-inkomsten, hetzij vanwege de interne rechtshulpverlening die onder druk komt te staan, kan worden overwogen om nieuwe prejudiciële vragen aan het HvJ EU te stellen. Daarbij kan dan alsnog worden gewezen op de hiervoor genoemde motiveringsgebreken en onevenredigheid van de ruime uitleg van het recht van vrije advocaatkeuze. Ook een hernieuwde onderhandeling over de noodzakelijke reikwijdte van het recht van vrije advocaatkeuze onder artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG, ter voorkoming en bestrijding van belangenconflicten kan worden nagestreefd.

## 8.12 Conclusie

In dit hoofdstuk stond ik uitgebreid stil bij jurisprudentie van nationale gerechten en klachteninstituten alsmede het HvJ EU ter zake het recht van vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG. Uit deze jurisprudentie is op te maken dat sprake is van een trendbreuk, ingezet door arrest *Eschig* van het HvJ EU en definitief geworden met het arrest *Sneller* van 7 november 2013.

Aan de hand van de nationale jurisprudentie voorafgaand aan de Europese arresten blijkt duidelijk dat aanvankelijk uit werd gegaan van een beperkte uitleg van het vrije advocaatkeuzerecht van artikel 4:67 Wft en artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG. Dit betekende dat een vrije advocaatkeuze in Nederland ook echt de keuze van een (externe) advocaat inhield, omdat het keuzerecht pas aan de orde kwam wanneer het dossier van verzekerde werd uitbesteed aan een externe advocaat, in de regel vanwege het geldende procesmonopolie. Daarbuiten gold de interne behandeling van rechtsbijstandverzekeraar en werd ervan uitgegaan dat de keuzevrijheid van verzekerden niet in het geding was. De rechtsbijstandverzekering in Nederland was immers gebaseerd op rechtsbijstandverlening in natura. De rechtsbijstandverzekeraar was derhalve exclusief bevoegd om de rechtshulpverlening te verzorgen tot het moment dat sowieso een externe advocaat werd ingeschakeld of een belangenconflict aan de dag trad. De enkele in jurisprudentie gesignaleerde uitzonderingen op de regel betroffen de gevallen waarin de rechtsbijstandverzekeraar tekort schoot in de behandeling.

De geschillenregeling bood een oplossing daar waar een meningsverschil bestond over de vraag of het dossier van verzekerde rijp was voor een gerechtelijke of administratieve procedure. Indien de advocaat, adviserend in de geschillenregeling, tot het advies kwam dat een procedure moest worden gestart, betekende dit vóórafgaand aan het arrest *Sneller* nog niet dat verzekerde dan ook zijn rechtshulpverlener

537. HvJ EU 7 november 2013, ECLI:EU:C:2013:717.

mocht kiezen. Indien in de betreffende procedure geen procesmonopolie gold, en zodoende het inschakelen van een advocaat niet noodzakelijk was, kon rechtsbijstandverzekeraar of het schaderegelingskantoor nog altijd exclusief rechtshulp verlenen in het kader van die procedure. Ook hier kon verzekerde dus geen uitbesteding van zijn dossier afdwingen.

Na het arrest *Eschig* van het HvJ EU uit 2009 waren er gegronde redenen om te twijfelen aan de houdbaarheid van het Nederlandse model en toepassing van de vrije advocaatkeuze. Het hof bevestigde in dit arrest dat de bepaling van het vrije advocaatkeuzerecht ter zake gerechtelijke en administratieve procedures een algemene strekking en bindend karakter heeft en zodoende dwingend is voorgeschreven voor alle rechtsbijstandverzekeraars die onder de werking van de richtlijn vallen. De casus van de zaak *Eschig* duidde echter nog niet op problemen, aangezien in deze zaak namelijk geen twijfel was over de vraag of de zaak moest worden uitbesteed. Het betrof hier de vervolgvraag wie de externe advocaat mocht kiezen: verzekeraar of verzekerde. Het hof stelde buiten twijfel dat dit steeds verzekerde is, ook in het onderhavige geval van een massaschade.

Het volgende Europese arrest, *Stark* (2011) — eveneens een Oostenrijkse zaak — gaf geen opheldering. Wel bood het arrest inzichten over de te garanderen omvang van de te vergoeden kosten van de externe rechtshulpverlener. Het hof liet de beperkingen in stand waarbij de rechtsbijstandverzekeraar ter zake de ter zake de externe rechtshulpverlener te vergoeden kosten slechts die vergoedde welke gebruikelijk werden vergoed bij een keuze van een advocaat in het arrondissement van het gerecht waar geprocedeerd werd (het enkelvoudige tarief). Het meerdere mocht voor rekening van verzekerde komen. Een dergelijk onderscheid was geoorloofd, voor zover het de omvang van de dekking betrof, een redelijke keuzevrijheid was gegarandeerd en dus niet het wezenlijke keuzerecht aantastte.

Wederom twee jaar later werd op 7 november 2013 het arrest *Sneller* gewezen door het HvJ EU. Dit arrest maakte een einde aan de in Nederland inmiddels ontstane onzekerheid van de exclusieve rechtshulpverlening in procedures waarop het procesmonopolie niet van toepassing was. Het hof deed een gevoelige klap uit aan Nederlandse rechtsbijstandverzekeraars omdat hij op basis van de preambule van Richtlijn 87/344/EEG en zijn eerdere jurisprudentie inzake *Eschig* oordeelde dat het vrije advocaatkeuzerecht wordt geschonden wanneer verzekeraar zich de exclusieve bevoegdheid bedingt om in niet-procesmonopolie procedures zelf rechtsbijstand te verlenen. Bij gebreke van concrete en tastbare gegevens over de implicaties van een ruime uitleg van het vrije advocaatkeuzerecht voor de Nederlandse praktijk verwees het hof ter zake de gevolgen van ruime uitleg van het keuzerecht naar zijn eerdere arrest *Stark*: het recht van vrije advocaatkeuze staat niet in de weg aan de bevoegdheid om beperkingen aan te brengen ten aanzien van de omvang van de te vergoeden externe kosten.

Naar aanleiding van de *Sneller*-rechtspraak zijn in de praktijk logischerwijs nieuwe vragen gerezen. Ter zake is onduidelijkheid gerezen over het moment dat verzekerde nu aanspraak maakt op het vrije advocaatkeuzerecht, de wijze waarop achteraf — als verzekerde de rechtsbijstandverzekeraar aanvankelijk passeert — moet worden

omgegaan met de vaststelling van de redelijke advocaatkosten en ten slotte over de uitleg van het begrip ‘administratieve procedure’. In zaken van de Geschillencommissie van het Kifid is hierover meermalen geoordeeld. De Commissie sluit hoofdzakelijk aan bij het moment dat formeel een procedure aanhangig is. Een en ander ligt echter lastiger wanneer verzekerde zelf het initiatief tot een procedure moet nemen. Alsdan is de geschillenregeling opengesteld wanneer onduidelijkheid bestaat over de vraag of de zaak rijp is voor een procedure.

Nog lastiger is het om achteraf te reconstrueren of verzekerde een beroep mocht doen op het recht van vrije advocaatkeuze. Als een verzekerde aanvankelijk dekking had voor zijn geschil, zal in lijn met de Europese arresten tenminste moeten worden geborgd dat verzekerde een redelijke keuzevrijheid had. In een enkele uitspraak van het Kifid is daarom, vanwege het passeren van verzekeraar, een correctie gemaakt op de omvang van de te vergoeden kosten van de rechtshulpverlener, waarbij rekenschap wordt gegeven van het redelijke belang van verzekeraar om tariefafspraken te maken.

Het valt te betreuren dat het arrest *Sneller* geen licht werpt op de veronderstelde ratio van de verruimde vrije advocaatkeuze. Door middel van de verruimde vrije advocaatkeuze wordt het recht van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG van middel tot doel verheven, hetgeen tot navenant hogere premies kan leiden. Dit dient misschien het individu maar gaat ten koste van het collectief rechtsbijstand-verzekerden. Uit de *Sneller*-rechtspraak moet worden geconcludeerd dat de huidige, zeer ruime uitleg van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG in wezenlijke mate ingrijpt op de contractsvrijheid van verzekeraar en verzekeringnemer. Verzekeraar moet immers kosten van een externe rechtshulpverlener vergoeden ter zake een door verzekerde gekozen externe rechtshulpverlener, ook in het geval hij de mogelijkheid heeft om zelf rechtshulp te verlenen in de voorliggende procedure.

Het HvJ EU heeft in de arresten inzake het recht van vrije advocaatkeuze weinig acht geslagen op de travaux préparatoires van Richtlijn 87/344/EEG. Dit was wel mogelijk geweest – zo bleek in paragraaf 8.3 – maar het is mij niet bekend waarom het hof die mogelijkheid niet heeft gebruikt. In de travaux préparatoires van de richtlijn is, zo bleek in hoofdstuk 6, de ratio van de vigerende ruime uitleg van het recht niet te vinden. Andere vergelijkbare Europeesrechtelijke vrijheden grijpen daarentegen beduidend minder ver in op nationaal recht en de contractsvrijheid van private partijen. Ook de eigen rechtspraak van het HvJ EU lijkt de huidige ruime uitleg van de richtlijn en daarbij gebezigde redeneringen niet te kunnen billijken. Mijns inziens geldt daarom dat de huidige ruime uitleg van het recht van vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG strijdt met het motiveringsbeginsel en evenredigheidsbeginsel. Dit schuurt met de gedachte van de lidstaten ten tijde van de totstandkoming van Richtlijn 87/344/EEG en de waarde die destijds werd toegekend aan kostenbeheersing.

De meest recente ontwikkeling ten aanzien van het recht van vrije advocaatkeuze betreft de uitleg van het begrip ‘administratieve procedure’ van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG. In twee Nederlandse zaken is dit begrip aanleiding geweest voor nieuwe prejudiciële vragen aan het HvJ EU. In de arresten *Massar tegen DAS*

(omtrent een UWV-procedure) en *Büyüktipi tegen Achmea c.s.* (de bestuurlijke voorprocedure) heeft het hof ook een einde gemaakt aan deze onzekerheid. Het HvJ EU kijkt daarbij sterk naar de procedurekenmerken en de juridische belangen van een verzekerde. Een procedure ten overstaan van een bestuursorgaan gericht op de rechtspositie van een individuele belanghebbende, waaruit voor hem een zeker rechtsgevolg voortvloeit, zal gauw vallen onder het administratieve procedurebegrip van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG. Enige onduidelijkheid zal blijven bestaan ten aanzien van de zogenoemde bestuursrechtelijke informele zienswijze, aangezien dit niet een geformaliseerde procedure is waar een zeker rechtsgevolg uit zal voortvloeien. Hier zal echter meestal geen dekking gelden aangezien een dergelijke procedure vaak een sterk vrijblijvend karakter heeft, omdat in een dergelijke informele procedure door een bestuursorgaan wordt geïnventariseerd of het wenselijk is een besluit (met rechtsgevolgen) te nemen.

## Hoofdstuk 9

# Rechtsvergelijking: de omzetting van Richtlijn 87/344/EEG en de vrije advocaatkeuze in Duitsland, Oostenrijk en Frankrijk

### 9.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zullen drie stelsels van Europese lidstaten worden onderzocht om te bekijken hoe verschillende maatregelen van Richtlijn 87/344/EEG zijn geïmplementeerd. Daarbij is het een weloverwogen keuze om te kiezen voor de lidstaten Duitsland (met voorheen een Spartentrennungsgebot), Oostenrijk (betrokken bij twee vrije-advocaatkeuzezaken voor het HvJ EU) en Frankrijk (waar evenals in Nederland tariefregulering ontbreekt en vrije advocatentarieven bestaan).

In dit rechtsvergelijkend onderzoek zal vanuit de centrale vraagstelling uiteraard met name worden gekeken naar de wijze waarop uiting wordt gegeven aan de vrije advocaatkeuze. Dit aspect is echter onlosmakelijk verweerd met de wijze waarop verzekeraars in de onderzochte landen vorm geven aan hun kernprestatie, de rechtshulpverlening. Het gaat immers om het spanningsveld tussen rechtshulpverlening enerzijds en vrije advocaatkeuze en het maken van kosten in dat verband anderzijds. Daarom is het derhalve ook noodzakelijk om te kijken welke vorm van schaderegeling de lidstaten voor verzekeraars hebben opengesteld om vorm te geven aan de verzekerde kernprestatie van rechtsbijstandverlening en kostenvergoeding. De geschillenregeling vormt — net als in Nederlandse rechtsbijstandverzekeringen — het controlemechanisme voor rechtsbijstandverzekeraars waarbij een prudente rechtshulpverlening wordt geborgd, zodat ook wordt besproken hoe deze landen die regeling hebben geïmplementeerd.

Ten slotte zal worden onderzocht in welke mate in de betreffende landen er sprake is van een regulering van advocaatkosten en welke beperkingen er in rechtsbijstandverzekeringen worden gesteld aan advocaatkosten. Het gaat er vanuit de centrale vraagstelling van dit onderzoek immers om dat niet alleen wordt gekeken naar het *wettelijke* kader maar dat ook de *praktische* en *maatschappelijke* knelpunten ter zake de vrije advocaatkeuze in beeld komen. In zoverre wordt in dit hoofdstuk bekeken in welke mate in de onderzochte landen een vergelijkbare problematiek als in Nederland speelt en in hoeverre lering kan worden getrokken uit deze drie stelsels.

### 9.2 Duitsland

#### 9.2.1 Historie

De rechtsbijstandverzekering in hedendaagse vorm kan in Duitsland worden teruggeleid tot 1928, het jaar van oprichting van D.A.S. — ‘D.A.S. Deutscher Automobil Schutz Aktiengesellschaft’. Evenwel waren er eerdere activiteiten op het vlak van de rechtsbijstandverzekering, zij het in meer regionale of specifieke vorm.

De oudere vormen van rechtsbijstandverzekering waren specifiek op bepaalde branches of schades gericht. Reeds in 1901 werd Schutzverein Deutscher Reder opgericht in Hamburg, welke vereniging faciliteerde bij geschillen ter zake lading-schades en verzekeringsovereenkomsten. Deze vereniging had als doelstelling de vergoeding van proceskosten bij een te voeren procedure.<sup>538</sup> Verder kan worden gewezen op een andere voorloper, een verzekering voor bergbouwschades opgericht in 1910 te Gelsenkirchen: de Versicherungsverein der Haus- und Grundbesitzer e.V. Deze verzekering strekte tot vergoeding van kosten inzake relatief kostbare bergbouwschades die kunnen ontstaan bij bouwwerkzaamheden in de bergen (men denke aan bijvoorbeeld veroorzaakte lawines) en richtte zich op bouwbedrijven die werken in de bergen verrichtten. Möller wijst erop dat deze specifieke branche zich in de twintigste eeuw verder afzonderlijk doorontwikkelde en reguliere rechtsbijstandverzekeraars zich afzijdig hielden van deze specifieke branche.<sup>539</sup> De hiergenoemde specifieke vormen van verzekeringen hadden het karakter van belangenverenigingen. Dergelijke producten kwamen rond de eeuwwisseling van de negentiende naar de twintigste eeuw op.<sup>540</sup>

De hedendaagse vorm van rechtsbijstandverzekering ontstond in Duitsland, parallel aan de in andere Europese lidstaten ontstane verzekeringsmaatschappijen die zich bezighielden met verkeersschades. Na voornoemd toetreden tot de Duitse markt van D.A.S. in 1928 volgde een aantal jaren daarna A.R.A.G. (Allgemeine Rechtsschutz-Versicherungs-AG) te Düsseldorf. Na de Tweede Wereldoorlog maakt de rechtsbijstandverzekering een snelle opmars vanaf 1955 met de toetreding van veel nieuwe maatschappijen. De rechtsbijstandverzekering bewerkstelligde een sterke toename van premie-inkomsten, van 2 miljoen DM in 1949 naar 750 miljoen DM eind 1974.<sup>541</sup>

Tegelijk met de uitbreiding van de branche vond zelfregulering plaats. Aanvankelijk ter zake verkeersschades: verhaal van schades, verkeersstrafzaken en bijstand bij verkeersongevallen.<sup>542</sup> In 1949 werd namelijk door het rijkstoezichtorgaan ingestemd met algemene voorwaarden betreffende rechtsbijstandverzekeringen voor motorrijtuigen. Opvallend daarbij was dat het (toen nog) de verzekeringsmaatschappij toegelaten was om bij verhaal van verkeersschades beneden € 1.000 een buitengerechtelijke schikking te beproeven met de wederpartij.<sup>543</sup> Door de spoedig volgende 'Spartentrennung' zou aan deze praktijk een einde komen. Daarnaast was in deze oorspronkelijke door het toezicht goedgekeurde standaardvoorwaarden voor rechtsbijstandverzekeraars reeds voorzien in een geschillenregeling en een toets op juridische haalbaarheid, waarbij verzekerde bij verschil van inzicht met de verzekeringsmaatschappij een advocaat naar keuze kon inschakelen voor een bindend advies.<sup>544</sup>

538. Möller 1975, p. 106; Werner 1985, p. 3.

539. Möller 1975, p. 106; Werner 1985, p. 4.

540. Werner 1985, p. 1 e.v.

541. Möller 1975, p. 108.

542. Werner 1985, p. 10 e.v.

543. Werner 1985, p. 12.

544. Idem Werner 1985, p. 12.

Deze regulering met algemene branchevoorwaarden werd al snel uitgebreid naar een algemeen rechtsbijstandverzekeringsproduct, met de introductie van de algemene rechtsbijstandverzekering. De eerste uitbreiding geschiedde in 1949 naar een meer algemene vorm van rechtsbijstandverzekering, zij het nog steeds voornamelijk gericht op verhaal van schadevergoeding. Het rijkstoezichtorgaan stemde in met een algemene particuliere rechtsbijstandverzekering (buiten een beroep of bedrijf), beroeps- en bedrijfsrechtsbijstand.<sup>545</sup> In 1954 werd deze ontwikkeling bestendigd met de ontwikkeling van de eerste set gestandaardiseerde voorwaarden voor de algemene rechtsbijstandverzekering, goedgekeurd door het rijkstoezichtorgaan. Dergelijke voorwaarden, genoemd 'Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung (ARB)', zijn tegenwoordig nog steeds in gebruik, in bijgewerkte versies. In deze eerste set standaard verzekeringsvoorwaarden voor de algemene rechtsbijstandverzekering was nieuw dat ook bepaalde specifieke vormen van rechtshulp werden geïntroduceerd, namelijk het arbeidsrecht met betrekking tot procedures (Arbeitsgerichtrechtsschutz), socialezekerheidsrecht (Sozialrechtsschutz) en juridisch advies (Beratungsrechtsschutz).<sup>546</sup>

Het gebruik van ARB werd bestendigd, met in 1969 een bijgewerkte en transparantere versie waarbij het contractenrecht grotendeels onder het bereik van de rechtsbijstandverzekering werd geschaard (ARB 69).<sup>547</sup> Vrij kort daarop volgden de ARB 75 welke lange tijd de standaard vormden. De ARB 94 vormden de laatste set standaardverzekeringsvoorwaarden in een periode waarin verzekeringsvoorwaarden voorafgaand *verplicht* aan de toezichthouder ter goedkeuring moesten worden voorgelegd. Sindsdien is de verplichte goedkeuring Europeesrechtelijk afgeschaft en zijn er enkel nog de facultatieve ARB.<sup>548</sup>

### 9.2.2 Spartenrennung

Hoewel de Duitse wet niet voorzag in concreet verbod op de cumulatie van de rechtsbijstandverzekering met andere verzekeringsbranches, heeft Duitsland zich in de twintigste eeuw ontwikkeld tot hardvochtig voorstander van het specialisatiemodel voor bepaalde verzekeringsbranches, volgens het model van de 'Spartentrennung'. Deze gedachte is terug te voeren op § 8 VAG (oud). Op grond van § 8 lid 1 onder 2 VAG (oud) was het nationaal toezichtsorgaan verantwoordelijk voor het bevorderen van de bescherming van belangen van het collectief van verzekerden.<sup>549</sup> Paragraaf 8 van het VAG (oud) bepaalde:

545. Möller 1975, p. 112 en Werner 1985, p. 13.

546. Möller 1975, p. 112-113 en Werner 1985, p. 14. Voor zowel het arbeidsrecht en sociale-zekerheidsrecht gold dat het slechts de gerechtelijke bijstand omvatte.

547. Möller 1975, p. 113-114 en Werner 1985, p. 21.

548. Beckmann/Matusche-Beckmann, *Versicherungsrechts-Handbuch* 3. Auflage 2015, rn. 9. Het betreft de richtlijnen nrs. 92/49/EG en 92/96/EG.

549. Eidam 1984, p. 277, met verwijzing naar BGH 24 januari 1972, NJW 1972, 577.



## ‘§ 8

(1) Die Erlaubnis darf nur versagt werden, wenn

1. Die Inhaber und Geschäftsleiter nicht ehrbar oder fachlich nicht genügend vorgebildet sind oder die für den Betrieb des Unternehmens sonst noch erforderlichen Eigenschaften und Erfahrungen nicht besitzen,
2. Nach dem Geschäftsplan und den nach § 5 Abs. 4 Satz 3 und 4, Abs. 5 vorgelegten Unterlagen die Belange der Versicherten nicht ausreichend gewahrt oder die Verpflichtungen aus den Versicherungen nicht genügend als dauernd erfüllbar dargetan sind.

(1a) Die Erlaubnis zum Betrieb der Lebensversicherung (Anlage Teil A Nr. 19 bis 21) und die Erlaubnis zum Betrieb anderer Versicherungssparten schließen einander aus. Inwieweit die Erlaubnis zum Betrieb der Kranken-, Kredit- und Kautions- sowie der Rechtsschutzversicherung und Erlaubnis zum Betrieb anderer Versicherungssparten einander ausschließen, bestimmt sich nach Absatz 1 Nr. 2.

(2) Die Erlaubnis kann unter Auflagen erteilt werden.<sup>550</sup>

De bepaling bevat aldus een formulering van de negatieve voorwaarde waaronder een vergunning tot het bedrijven van de rechtsbijstandverzekering door het nationale toezichtsorgaan kon worden geweigerd aan een onderneming wanneer de belangen van verzekerden niet voldoende waren gewaarborgd of de verplichtingen uit de rechtsbijstandverzekering niet voldoende duurzaam waren gegarandeerd.

De toezichthouder op de branche nam derhalve een centrale rol in bij de ontwikkeling van de Spartentrennung. Eerst gold het Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen (oftewel: Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG)) van 1901.<sup>551</sup> Het toezicht op het verzekeringsbedrijf kwam destijds voor rekening van het Kaiserliche Aufsichtsamt.<sup>552</sup> Na de Tweede Wereldoorlog werd voor de Bondsrepubliek Duitsland het toezichtsorgaan opnieuw ingesteld in 1954, met de naam ‘Bundesaufsichtsamt für das Versicherungs- und Bausparwesen’ (BAV).<sup>553</sup> Bij wet van 22 april 2002 werd het verzekeringstoezicht samengevoegd met het toezicht op het kredietwezen en dat op de waardepapierenhandel en ging het voortaan verder onder de naam ‘Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht’.<sup>554</sup> Deze toezichthouders ontwikkelden een lijn waarin ter voorkoming van belangenconflicten, waarvan verzekerden nadeel konden lijden, scherp toezicht werd gehouden op de branche.

550. VAG in de versie na wetwijziging van 16 december 1986 (BGBl I, p. 2485).

551. Wet van 12 Mai 1901 (RGBl. p. 139), in werking getreden op 1 januari 1902.

552. Informatie hierover raadpleegbaar via Bafin ([www.bafin.de](http://www.bafin.de)).

553. Idem.

554. Gesetz über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz - FinDAG) van 22 april 2002, BGBl. I, p. 1310.

De Duitse wetgever had bij uitwerking van het VAG in 1901 reeds melding gemaakt van problemen die konden ontstaan door de combinatie van bepaalde verschillende verzekeringsbranches binnen een onderneming.<sup>555</sup> De concrete bestrijding daarvan werd echter overgelaten aan de toezichtautoriteiten. In lijn met de gedachte van Spartentrennung heeft het Keiserlichen Aufsichtsamt in 1903 reeds een vergunningsverzoek om combinatie van de levensverzekering met de schadeverzekering geweigerd.<sup>556</sup>

Kort na het ontstaan van de hedendaagse rechtsbijstandverzekering op Duitse bodem heeft het nationale toezichtsorgaan een lijn uitgezet ter zake de combinatie van de rechtsbijstandverzekering met andere verzekeringen in een onderneming. Reeds in 1937 oordeelde het Reichsaufsichtamt in de zaak van *Nordstern Allgemeine Versicherungs-AG* dat de combinatie van aansprakelijkheidsverzekering en rechtsbijstandverzekering binnen een onderneming niet wenselijk was vanwege de mogelijkheid van belangenconflicten.<sup>557</sup> Op basis van het vlak daarvoor uitgevaardigde Rechtsberatungsmisbrauchgesetz, § 356 StGB, kon de gelijktijdige advisering van een aansprakelijkheidsverzekerde en rechtsbijstandverzekerde, partijen in een geschil, zelfs strafbaar zijn.<sup>558</sup>

In een beslissing van 1957 breidde het toezichtsorgaan de Spartentrennung uit in een belangrijke beslissing. Voortaan moest de rechtsbijstandverzekering ook gescheiden worden bedreven van andere verzekeringsbranches.<sup>559</sup> Daarbij bepaalde het toezichtsorgaan dat geen lid van het bestuur, agent, volmacht of schadebehandelaar bij de rechtsbijstandverzekeraar tegelijkertijd bij een andere verzekeringsbranche werkzaam mag zijn. In de buitendienst van de maatschappij was het niet toegestaan tegelijkertijd schadebehandeling te verrichten en advies te verlenen van de rechtsbijstandverzekering en de aansprakelijkheidsverzekering.<sup>560</sup>

Op de hiervoor besproken Spartentrennung werden enkele uitzonderingen gemaakt.<sup>561</sup> Ten eerste kan worden gewezen op strafrechtdekking voor geschillen met motorrijtuigen, welke een aparte verzekeringsvorm betrof. Ten tweede gold een uitzondering voor geschillen in het buitenland ten aanzien van verkeersschades met schadevergoedingsaanspraken op buitenlanders. Deze beide strikte uitzonderingen betroffen derhalve kwesties van verkeersaansprakelijkheid welke onder het bereik vielen van dekkingen waarin aansprakelijkheidsverzekeraars zich hadden bekwaamd.

555. Aldus de wetgever: 'dass sich aus der Verbindung mehrerer Versicherungszweige in einer Hand und vollends aus der Verbindung eines Versicherungsbetriebes mit andersartigen Geschäften erhöhte Gefahren für die Versicherten ergeben können', zie Eidam 1984, p. 8.

556. Eidam 1984, p. 12.

557. Zie Möller 1975, p. 109; Werner 1985, p. 79-80 en Eidam 1984, p. 281-282.

558. Werner 1985, p. 79 en Möller 1975, p. 109.

559. Werner 1985, p. 79 en Möller 1975, p. 109.

560. Zie Werner 1985, p. 81.

561. Werner 1985, p. 82-83 en Möller 1975, p. 108-110.

De hier besproken ontwikkeling op grond van uitspraken van de toezichthouder leidde ertoe dat er ten tijde van de ontwikkeling van Richtlijn 87/344/EEG slechts gespecialiseerde rechtsbijstandverzekeraars actief waren op de Duitse markt.<sup>562</sup>

### 9.2.3 Implementatie van Richtlijn 87/344/EEG in Duitse wetgeving

Richtlijn 87/344/EEG bevat een onderscheid tussen organisatorische maatregelen ten aanzien van inrichting van de schaderegeling en maatregelen ter zake de inhoud van de verzekeringsovereenkomst. In Duitsland zijn deze maatregelen derhalve opgenomen respectievelijk in de verzekeringstoezichtwetgeving (VAG) en de materiële verzekeringsrechtwetgeving (VVG).

Richtlijn 87/344/EEG werd in Duitsland bij de wet van 28 juni 1990 omgezet in wetgeving.<sup>563</sup> Een bepaling §8a werd toegevoegd aan het VAG. Tevens werd in de VVG een zevende titel opgenomen met de bepalingen § 158l tot en met § 158o aangaande de rechtsbijstandverzekering.<sup>564</sup> Deze bepalingen corresponderen met de hieronder genoemde huidige paragrafen 126 tot en met 129 VVG.

In 2008 werd de verzekeringswet grondig hervormd (de VVG-Reform van 2008), waarbij overigens de bepalingen ten aanzien van de rechtsbijstandverzekering grotendeels ongemoeid werden gelaten. Wel werd aan de bepalingen een definitie van de rechtsbijstandverzekering toegevoegd, § 125 VVG. Inmiddels zijn de materiële verzekeringsrechtelijke bepalingen opgenomen in paragraaf 125 tot en met 129 VVG.<sup>565</sup> Deze zijn als volgt ingericht:

- § 125:  
- algemene definitie rechtsbijstandverzekering (eerst ingevoerd bij VVG-Reform 2008);
- § 126:  
- verplichting voor de multibranche verzekeraar om in de polis op te nemen dat de schaderegeling aan een schaderegelingskantoor is overgedragen en om de premie en omvang van de dekking apart van andere verzekeringsbranches te vermelden in de polis  
- regeling dat een verzekerde zich rechtstreeks kan wenden tot het schaderegelingskantoor en deze kan aanspreken op de te leveren prestatie;<sup>566</sup>

562. Zie paragraaf 4.4.1.

563. Gesetz zur Durchführung versicherungsrechtlicher Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaften (Zweites Durchführungsgesetz/EWG zum VAG) van 28 juni 1990, BGBl. nr. 32, van 30 juni 1990, p. 1249 e.v.

564. Gesetz zur Durchführung versicherungsrechtlicher Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaften (Zweites Durchführungsgesetz/EWG zum VAG) van 28 juni 1990, BGBl. nr. 32, van 30 juni 1990, p. 1249 e.v.

565. Gesetz van 23 november 2007, BGBl. I, nr. 59, p. 2631 e.v.

566. Zie Munch. Kommentar 2011, § 126, rn. 8-11. Dit houdt aldus in dat geen vordering dient te worden ingesteld tegen de multibranche verzekeraar ter zake de door het schaderegelingskantoor te verrichten prestatie. De prestatie is overgedragen aan het schaderegelingskantoor, waarbij discussie bestaat over de vraag of het schaderegelingskantoor op grond van een eigen verplichting of volmacht handelt, zie Munch. Kommentar 2011, § 126, rn. 10. Een gerechtelijke titel tegen het schaderegelingskantoor kan worden tegengeworpen aan de verzekeringsmaatschappij.

- § 127: regeling van de vrije advocaatkeuze op basis van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG met ruimer bereik (zie hierna onder (...));
- § 128: scheidsrechtelijke procedure overeenkomstig artikel 6 Richtlijn 87/344/EEG;
- § 129: bepaling dat de paragrafen 125 tot en met 128 van dwingend recht zijn.

### 9.2.4 Prestatie van de rechtsbijstandverzekeraar

Sinds de VVG-Reform van 2008 bevat de VVG een definitie voor de rechtsbijstandverzekering, welke luidt:

#### ‘§ 125 Leistung des Versicherers

Bei der Rechtsschutzversicherung ist der Versicherer verpflichtet, die für die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen des Versicherungsnehmers oder des Versicherten erforderlichen Leistungen im vereinbarten Umfang zu erbringen.’

Vóór 2008 was derhalve niet voorzien in een wettelijke regeling maar was in de facultatieve ARB voorzien in een definitie van de diensten van de rechtsbijstandverzekeraar.<sup>567</sup> In de praktijk van rechtsbijstandverzekeraars waren en zijn nog steeds van groot belang de ARB. Een van de meest recente edities daarvan is van 2012. Ik zal hieronder herhaaldelijk naar bepalingen van die ARB verwijzen.

Ondanks het feit dat — zoals hieronder nog zal worden besproken — de rechtsbijstandverzekeraar zich dient te onthouden van het leveren van rechtsbijstand, is in de Duitse literatuur en rechtspraak onderschreven dat de definitie van de rechtsbijstandverzekering een zorgplicht van de rechtsbijstandverzekeraar meebrengt.<sup>568</sup> Deze zorgplicht omvat het innemen van een dekkingsstandpunt en de inschakeling van de advocaat.<sup>569</sup> Ook meer ondergeschikte prestaties behoren tot de zorgverplichting van de rechtsbijstandverzekeraar, zoals het ter beschikking stellen van een netwerk van advocaten en mediators, het faciliteren van een telefonische advieslijn, incassodiensten, etc.<sup>570</sup> Rekenschap moet worden gegeven van het feit dat § 125 VVG met zijn definitiebepaling van de rechtsbijstandverzekering niet vastomlijnd is. Buiten het bereik van de zorgplicht van de rechtsbijstandverzekeraar valt evenwel het bewaken van (verjarings)termijnen, aangezien de rechtsbijstandverze-

567. Vergelijk bijvoorbeeld de definitie van de ARB 69 uit 1969: ‘§ 1 Gegenstand — Der versicherer sorgt nach Eintritt eines Versicherungsfalles für die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen des Versicherungsnehmers, soweit sie notwendig ist, und trägt die dem Versicherungsnehmer hierbei entstehenden Kosten. Die Wahrnehmung rechtlicher Interessen ist notwendig, wenn sie hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint.’ Opvallend is dat bestanddeel van deze definitie over de voldoende haalbaarheid en wanverhouding tussen kosten en baten nu is opgenomen in artikel § 128 VVG, de scheidsrechtelijke regeling ofwel geschillenregeling naar Nederlandse begrippen.

568. Pröller-Martin 2018, ARB 2010, § 1, rn. 3; Beckmann/Matusche-Beckmann 2015, § 37 A IV, rn. 18.

569. Pröller-Martin 2018, VVG § 125, rn. 3-44; Beckmann/Matusche-Beckmann 2015, § 37 A IV, rn. 18; Harbauer 2010, ARB 2010, § 1, rn. 20-21.

570. Beckmann/Matusche-Beckmann 2015, § 37 A IV, rn. 18.

keraar zoals hieronder besproken wordt zich niet mag bekommeren om de rechtshulpverlening zelf.<sup>571</sup>

Deze zorgplicht is echter geenszins vanzelfsprekend aangezien het de rechtsbijstandverzekeraar wettelijk verboden is om rechtsbijstand te verlenen en te adviseren.<sup>572</sup> Op grond van het ‘Gesetz zur Verhütung von Missbräuchen auf dem Gebiet der Rechtsberatung’ oftewel Rechtsberatungsmissbrauchsgesetz (RBMG) uit 1935 werd juridisch advies en bijstand aan een regulering onderworpen, waar daarvoor ter zake het vrije beroep gold. Ook de rechtsbijstandverzekeraar werd gebonden door dit verbod, hetgeen in 1961 in een zeer belangwekkend proefproces werd vastgesteld door het BGH.<sup>573</sup> De strekking van dit arrest van het BGH was dat de rechtsbijstandverzekeraar ook met de buitengerechtelijke rechtshulpverlening in strijd kwam met het monopolie van de advocatuur op rechtshulpverlening, zoals vervat in de RBMG. De slotsom is dat de rechtsbijstandverzekering in Duitsland sindsdien niet kan worden gezien als *naturaverzekering* maar als een vorm van *kostenverzekering*. De zorgverplichtingen zijn namelijk overwegend onderschikt aan de verplichtingen van de verzekeraar om kosten van externe rechtshulp te dragen.<sup>574</sup>

De bemoeienis van de rechtsbijstandverzekeraar in Duitsland ziet derhalve slechts toe op de beoordeling van de dekking en haalbaarheid van het geschil, behoudens eventueel het begeleiden van verzekerde bij het inschakelen van een (netwerk)advocaat of in gang zetten van mediation. De verzekeraar dient derhalve na melding binnen een korte termijn – twee á drie weken na volledige toelichting omtrent het geschil in kwestie – een terugkoppeling te geven over de dekking en haalbaarheid in de gemelde zaak.<sup>575</sup> Verleent de verzekeraar dekking en bevestigt hij de haalbaarheid, dan heeft hij de mogelijkheid om tijdens de looptijd van het dossier steeds opnieuw de haalbaarheid opnieuw te beoordelen (bijvoorbeeld bij hoger beroep, cassatie, enz.).<sup>576</sup>

Gezien de rechtsbijstandverzekeraar zelf grotendeels geen invloed heeft op het dossierverloop is voor hem uiteraard temeer van belang om vooraf de haalbaarheid van dossiers tijdig te kunnen beoordelen. Ik bespreek daarom hieronder uitgebreid de zogenoemde criteria van *hinreichende Aussicht auf Erfolg* en *Mutwilligkeit*. Deze cri-

571. Beckmann/Matusche-Beckmann 2015, § 37 A IV, rn. 18; Prölls-Martin 2018, ARB 2010, § 1, rn. 3; Harbauer 2010, ARB 2010, § 1, rn. 25.

572. Aanvankelijk was de rechtsbijstand van de rechtsbijstandverzekeraar ook in Bondsrepubliek Duitsland niet ongebruikelijk. De ARB 54 uit 1954 voorzagen daartoe in een bepaling, § 4 lid 3, die de verzekeraar toestond een buitengerechtelijke regeling te beproeven voor verzekerde. Formeel gesproken had verzekerde het recht een advocaat te kiezen, echter de vraag of een advocaat werd ingeschakeld was aan de verzekeraar. Enkel de verzekeringsmaatschappij was bevoegd om de advocaat opdracht te geven. Zie Schilasky 1998, p. 89.

573. BGH 20 februari 1961, VersR 1961, 433. Het argument dat de verzekeraar daarbij een gerechtvaardigd belang heeft om een zijn (proces)kosten te beperken dan wel te voorkomen in een buitengerechtelijke onderhandeling, gelijk als een aansprakelijkheidsverzekeraar bij verweer tegen een aansprakelijkstelling, werd door het BGH niet voldoende zwaarwegend gevonden. Zie Schilasky 1998, p. 90, die beschrijft dat het oordeel van het BGH positief werd ontvangen in de literatuur.

574. Harbauer 2010, ARB 2010, § 1, rn. 4 en 17.

575. Zie Beckmann/Matusche-Beckmann 2015, § 37 J, rn. 535. Indien de rechtsbijstandverzekeraar deze termijn laat verstrijken ligt voor de hand dat zij de schade moet dragen die door verzekerde wordt geleden gedurende de termijn van overschrijding.

576. Beckmann/Matusche-Beckmann 2015, § 37 J, rn. 537.

teria corresponderen met de eisen die ook voor de van overheidswege gefinancierde rechtshulp gelden en borgen een prudente beheersing van de collectieve premie-inkomsten.<sup>577</sup>

In het eerste criterium van *hinreichende aussicht auf Erfolg* wordt uitgedrukt dat de rechtsbijstandverzekeraar er gerechtvaardigd belang bij heeft om te waken voor onverantwoord procederen, vooral in het licht van het behoud van lagere premies.<sup>578</sup> Derhalve is de parallel gelegd met de proceskostenhulp, in de zin van de vroegere gefinancierde rechtsbijstand, wat tot uiting komt in het gebruik van hetzelfde formulering van *hinreichende Aussicht auf Erfolg* uit § 114 ZPO.<sup>579</sup>

Het criterium van *hinreichende Aussicht auf Erfolg* betekent daarom, overeenkomstig § 114 ZPO, dat het in rechte te voeren standpunt van verzekerde tenminste verdedigbaar moet zijn. De kans op winst moet minstens zo groot zijn als die op verlies in de procedure.<sup>580</sup> Tegelijkertijd dient een voorliggend rechtsbijstandverzoek te worden gehonoreerd als de rechtsvraag ervan niet eenduidig is te beantwoorden.<sup>581</sup>

Inmiddels is het criterium verder uitgebreid.<sup>582</sup> Er wordt geen onderscheid meer gemaakt tussen juridische en overwegend economische belangen die worden gediend bij het rechtshulpverzoek van verzekerde.<sup>583</sup> Vroeger was uitgangspunt dat als de zaak van verzekerde niet was gericht op het doorzetten van juridische aanspraken maar op het bereiken van een regeling (bijvoorbeeld bijstand ter voorkoming van executiemaatregelen), er geen dekking bestond.<sup>584</sup> Echter, volgens het BGH in voornoemde uitspraak<sup>585</sup> kon uit de destijds vigerende ARB niet ten nadele van verzekerde worden uitgelegd in de zin dat de rechtsbijstandverzekering slechts voorziet in belangenbehartiging met betrekking tot het juridische geschil zelf. Daarom valt de belangenbehartiging ook bij het bereiken van een minnelijke regeling waar de rechtspositie van verzekerde verder niet meer ter discussie staat ook onder de prestatie van de rechtsbijstandverzekeraar.<sup>586</sup> Dit ligt slechts anders voor eenvoudige zaken, zoals een verzoek tot uitstel van betaling.<sup>587</sup>

Het tweede criterium betreft de zogenoemde *Mutwilligkeit*. Hierbij gaat het niet zozeer om de inhoud, de haalbaarheid, maar om de balans van de te maken kosten in relatie tot het resultaat. Uitgangspunt is hier niet een gemiddelde verzekerde maar juist of een onverzekerde persoon van rechtsbijstand afziet omdat het zijn positie niet noemenswaardig verbetert of de kosten daarvan in een wanverhouding

577. § 114 e.v. ZPO. Vergelijk bijvoorbeeld BGH 16 september 1987, *VersR*, p. 1186 e.v.; zie Pröller-Martin 2015, 500 § 1 B, rn. 8 en Beckmann/Matusche-Beckmann 2015, § 37, rn. 538.

578. Pröller-Martin 2018, ARB 2010, § 1, rn. 8.

579. Zie hierover uitgebreid Schilasky 1998, hoofdstuk 1, A en C.

580. Pröller-Martin 2015, 500 § 1, rn. 8, met verwijzing naar *VersR* 1989, p. 359 en 737.

581. BGH 20 april 1994, IV ZR 209/92, rn. 14. Pröller-Martin 2018, ARB 2010, § 1, rn. 8.

582. BGH 22 mei 1991, *VersR* 1991, p. 919.

583. Harbauer 2010, ARB 2010 § 1, rn. 11.

584. Pröller-Martin 2015, |ARB 2010, § 1, rn. 23.

585. BGH 20 februari 1961, *VersR* 1961, p. 433; *NJW* 1961, 1113.

586. Pröller-Martin 2015, 500, § 1, rn. 24, met verwijzing naar voornoemde uitspraak BGH 22 mei 1991, *VersR* 1991, p. 919. Zie ook Beckmann/Matusche-Beckmann 2015, § 37, rn. 539.

587. Pröller-Martin 2018, ARB 2010, § 1, rn. 23-24; Beckmann/Matusche-Beckmann 2015, § 37, rn. 539.

staan tot het resultaat.<sup>588</sup> Geabstraheerd moet daarbij worden van de kans op succes: het te behalen resultaat moet juist worden verondersteld.<sup>589</sup> Aldus Obarowski is er weinig relevante rechtspraak over *Mutwilligkeit* omdat het voor de praktijk slechts een beperkte rol speelt.<sup>590</sup> Van *Mutwilligkeit* is bijvoorbeeld sprake wanneer de schuldenaar geen verhaal biedt en een vennootschap in liquidatie betreft.<sup>591</sup> Ook kan worden gewezen op situaties waarin de motieven van verzekerde niet zuiver en verantwoord zijn – eveneens verondersteld dat er geen financiële motieven worden nagestreefd – in geval van: querulantengedrag, geldingsdrang, wraak, etc.<sup>592</sup> Beslissend is of er tastbare aanwijzingen zijn dat de schuldenaar in de toekomst weer over vermogen beschikt.<sup>593</sup>

Van bijzonder belang zijn in de rechtspraak geweest de geldelijke administratieve verkeersbeschikkingen voor geringe bedragen, oftewel Bußgeldbescheiden, zonder nevenmaatregelen. Of er gezien de geringe bedragen van de beschikkingen sprake is van *Mutwilligkeit*, laat zich volgens de heersende opvatting beantwoorden aan de hand van een genuanceerde opvatting, waarbij rekenschap wordt gegeven van de omstandigheden van het geval en de vraag of er voor verzekerde ook een immaterieel belang een rol speelt in het geschil.<sup>594</sup>

Bij een verschil van inzicht over de beoordeling van verzekeraar aan de hand van de bovengenoemde twee criteria kan verzekerde gebruikmaken van de geschillenregeling. De wet bevat daartoe in § 128 VVG (vgl. § 158n VVG (oud)) de scheidsrechtelijke procedure overeenkomstig artikel 6 Richtlijn 87/344/EEG.<sup>595</sup> Het belang van de bepaling is beperkter dan in Nederland aangezien, zoals hiervoor besproken, de rechtshulpverlening zelf niet bij de verzekeraar ligt. Desondanks is de bepaling belangrijk aangezien deze van toepassing is als de verzekeraar het verzoek om rechtsbijstand afwijst op onvoldoende haalbaarheid of op wanverhouding tussen de kosten en baten.

De ARB kennen in Duitsland een uitgebreidere beschrijving van de procedure die verzekerde kan aanwenden voor een second opinion, die in het kort inhoudt dat

588. Pröls-Martin 2018, ARB 2010, § 1, rn. 14.

589. Pröls-Martin 2018, ARB 2010, § 1, rn. 14.

590. Beckmann/Matusche-Beckmann 2015, § 37, rn. 543. Zie evenwel Pröls-Martin 2018, 500, § 1, rn. 15 voor uiteenlopende voorbeelden van uitspraken.

591. Beckmann/Matusche-Beckmann 2015, § 37, rn. 543; OLG Köln 16 augustus 1994, *VersR* 1995, 530 en LG Hamburg 11 oktober 1989.

592. Bauer in Harbauer 2010, p. 618.

593. Pröls-Martin 2018, ARB 2010, § 1, rn. 14 en Beckmann/Matusche-Beckmann 2015, § 37, rn. 543.

594. Pröls-Martin 2018, ARB 2010, § 1, rn. 17 en Beckmann/Matusche-Beckmann 2015, § 37, rn. 544. Deels heeft de discussie aan belang ingeboet aangezien sinds 1987 de beschikking fiscaal kan worden verrekend. Dienovereenkomstig is sindsdien in de ARB voorzien in een dekkingsuitsluiting voor dergelijke gevallen, zie Beckmann/Matusche-Beckmann 2015, § 37, rn. 544.

595. § 128 VVG: 'Für den Fall, daß der Versicherer seine Leistungspflicht verneint, will die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen keine hinreichende Aussicht auf Erfolg biete oder mutwillig sei, hat der Versicherer Vertrag ein Gutachterverfahren oder ein anderes Verfahren mit vergleichbaren Garantien für die Objektivität vorzusehen, in dem Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien über die Erfolgsaussichten oder die Mutwilligkeit einer Rechtsverfolgung entschieden werden. Der Versicherer hat den Versicherungsnehmer bei Verneinung seiner Leistungspflicht hierauf hinzuweisen. Sieht der Versicherungsvertrag kein derartiges Verfahren vor oder unterläßt der Rechtsschutzversicherer den Hinweis, gilt das Rechtsschutzbedürfnis des Versicherungsnehmers im Einzelfall als anerkannt'.

verzekerde zelf (Stichentscheid) of de Rechtsanwaltskammer (Schiedsgutachten) een advocaat kan benoemen op kosten van verzekeraar.<sup>596</sup> Laatstelijk kan worden gewezen op de ARB 2012, nr. 3.4: 'Ablehnung des Versicherungsschutzes wegen mangelnder Erfolgsaussichten oder wegen Mutwilligkeit'. Ook voor uitvaardiging van Richtlijn 87/344/EEG bestond er in de ARB reeds een vergelijkbare regeling voor meningsverschillen.<sup>597</sup>

### 9.2.5 Inrichting van de schaderegeling bij de rechtsbijstandverzekeraar

De organisatorische maatregelen van artikel 3 lid 2 Richtlijn 87/344/EEG zijn in de Duitse wet geïmplementeerd door invoeging van een nieuwe paragraaf, § 8a, in het VAG. Deze nieuwe bepaling luidt als volgt:

#### ‘§ 8a

##### Schadenabwicklung in der Rechtsschutzversicherung

(1) Ein Versicherungsunternehmen, das die Rechtsschutzversicherung zusammen mit anderen Versicherungssparten betreibt, hat die Leistungsbearbeitung in der Rechtsschutzversicherung einem anderen Unternehmen mit einer in § 7 Abs. 1 genannten Rechtsform oder der Rechtsform einer sonstigen Kapitalgesellschaft (Schadenabwicklungsunternehmen) zu übertragen. Die Übertragung gilt als Ausgliederung.

(2) Das Schadenabwicklungsunternehmen darf außer der Rechtsschutzversicherung keine anderen Versicherungsgeschäfte betreiben und in anderen Versicherungssparten keine Leistungsbearbeitung durchführen.

(3) Für die Geschäftsleiter des Schadenabwicklungsunternehmens gilt § 8 Abs. 1 Nr. 1 entsprechend. Sie dürfen nicht zugleich für ein Versicherungsunternehmen tätig werden, das außer der Rechtsschutzversicherung andere Versicherungsgeschäfte betreibt. Beschäftigte, die mit der Leistungsbearbeitung betraut sind, dürfen eine vergleichbare Tätigkeit nicht für ein solches Versicherungsunternehmen ausüben.

(4) Die Mitglieder des Vorstands und die Beschäftigten eines unter Absatz 1 fallenden Versicherungsunternehmens dürfen dem Schadenabwicklungsunternehmen keine Weisungen für die Bearbeitung einzelner Versicherungsfälle erteilen. Die Geschäftsleiter und die Beschäftigten des Schadenabwicklungsunternehmens dürfen einem solchen Versicherungsunternehmen keine Angaben machen, die zu Interessenkollisionen zum Nachteil der Versicherten führen können.

(5) Die Absätze 1 bis 4 gelten nicht für die Rechtsschutzversicherung, wenn sich diese auf Streitigkeiten oder Ansprüche bezieht, die aus dem

596. Zie bijvoorbeeld ARB 2012, nr. 3.4.

597. *Rechtsschutz in Europa* 1974-1, p. 23.



Einsatz von Schiffen auf See entstehen oder mit diesem Einsatz verbunden sind.’

Duitsland heeft aldus alleen voor de *multibranche verzekeraar* gekozen voor de optie van afwikkeling via het externe schaderegelingskantoor. De onderhavige maatregel voorziet derhalve in een regeling (uitsluitend) voor de multibranche verzekeringsonderneming conform artikel 3 lid 2 onder b Richtlijn 87/344/EEG.<sup>598</sup> Ingevolge de bepaling is immers de multibranche verzekeringsmaatschappij gehouden om de schaderegeling over te dragen aan een schaderegelingskantoor.

Opmerkelijk is dat Duitsland niet heeft voorzien in een maatregel ten behoeve van de *gespecialiseerde maatschappij*. Artikel 3 lid 2 maakt immers niet het onderscheid dat slechts de lidstaat of de multibranche verzekeringsmaatschappijen gehouden zijn om een voorziening te treffen. In tegendeel, het artikel voorziet in maatregelen zowel voor de multibranche als de gespecialiseerde maatschappijen.<sup>599</sup> Op dit aspect lijkt de Duitse lidstaat dan ook niet volledig te hebben voldaan aan de omzettingsverplichting. Derhalve lijkt ook geen recht te worden gedaan aan de opvatting van de communautaire regelgever dat ook bij de gespecialiseerde verzekeraar zich belangenconflicten voordoen als besproken in paragraaf 4.5, hetgeen tot uitdrukking is gebracht in artikel 3 lid 2 Richtlijn 87/344/EEG.

Aan de andere kant is deze keuze van Duitsland in lijn met het standpunt dat deze lidstaat heeft ingenomen tijdens het totstandkomingsproces van de richtlijn. Duitsland was de opvatting toegedaan dat eis van specialisatie van de rechtsbijstandverzekeraar – ‘Spartentrennung’ – de meeste belangenconflicten voorkomt.<sup>600</sup> In paragraaf 6.4.2 kwam echter aan bod dat een overwegend deel van de lidstaten tijdens de behandeling van het ontwerp voor Richtlijn 87/344/EEG vond dat ook door de gespecialiseerde maatschappijen organisatorische maatregelen moesten worden getroffen ter voorkoming van belangenconflicten. Derhalve verbaast deze omissie enigszins.

Enkel voor de multibranche verzekeraar geldt derhalve de verplichting om de schaderegeling uit te besteden aan een zelfstandig schaderegelingskantoor. Dit heeft gestalte gekregen door het voorschrift dat deze schaderegelingsonderneming moet worden gegoten in een bepaalde rechtsvorm: Aktiengesellschaft, VVaG of andere met waarborgen omklede vennootschap.<sup>601</sup> Daarbij gelden qua rechtsvorm dezelfde voorschriften als voor de verzekeraar zelf (met verwijzing naar § 7 lid 1 VAG (oud)). Voorts geldt de eis van de zogenoemde Funktionausgliederung, hetgeen is op te vatten als ‘outsourcing’. Het VAG bevat daarvoor een regeling die behelst dat het voornemen tot outsourcing van een kerntaak van de verzekeringsmaatschappij ter kennisgeving moet worden voorgelegd aan de toezichthouder, waarbij een

598. Zie ook Pröls 2005, toelichting bij § 8a, rn. 2.

599. Artikel 3 lid 2 Richtlijn 87/344/EEG, aanhef, spreekt ook slechts van ‘de ondernemingen’, zonder onderscheid te maken tussen gespecialiseerde en multibranche verzekeringsmaatschappijen.

600. Vergelijk ook Eidam 1984, paragraaf IV, 4.

601. Pröls 2005, § 8a, rn. 2.

daarvoor bepaalde termijn geldt, na verstrijken waarvan de goedkeuring wordt geacht te zijn gegeven (§ 13 VAG).<sup>602</sup>

Voorts gelden overige maatregelen in verband met de voorkoming van belangenconflicten. De eerste en ogenschijnlijk meest verstrekkende maatregel is dat het schaderegelingskantoor zich moet onthouden van alle werkzaamheden in de verzekeringsbranche buiten de rechtsbijstandverzekering (§ 8a lid 2 VAG). Dit betekent dat als het schaderegelingskantoor tevens een rechtsbijstandverzekeraar is dit enkel een gespecialiseerde maatschappij mag zijn.<sup>603</sup> Voor de bedrijfsleiders en schadebehandelaars van het schaderegelingskantoor geldt dat deze enkel de schaderegeling van rechtsbijstandverzekering mogen uitvoeren (§ 8a lid 3 VAG).

Ten slotte geldt een tweezijdig verbod van dossierspecifieke informatieoverdracht (§ 8a lid 4).<sup>604</sup> Vanuit de multibranche verzekeringsmaatschappij mogen geen wijzigingen aangaande de behandeling van het specifieke schadegeval worden medegedeeld. Anderzijds mag vanuit het schaderegelingskantoor geen informatieoverdracht over het dossier van een verzekerde plaatsvinden die tot een belangenconflict kan leiden.

§ 8a VAG is bij wet van 1 april 2015, Gesetz zur Modernisierung der Finanzaufsicht über Versicherungen, verplaatst en momenteel opgenomen als § 164 VAG. De inhoud van de bepaling is daarbij niet gewijzigd.<sup>605</sup>

### 9.2.6 Vrije advocaatkeuze

Zoals hiervoor in paragraaf 9.2.3 omschreven, was de bepaling omtrent vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG aanvankelijk opgenomen in § 158m VVG. Sinds de VVG-Reform van 2008 is de bepaling vervat in § 127 VVG. De bepaling regelt het vrije advocaatkeuzerecht ter zake gerechtelijke en administratieve procedures oftewel *Gerichts- und Verwaltungsverfahren* en bij de overige rechtshulpverlening. Een overeenkomstige bepaling met artikel 4 lid 1 onder b Richtlijn 87/344/EEG, ten aanzien belangenconflicten, ontbreekt aangezien de rechtshulpverlening in Duitsland steeds door advocaten ter hand wordt genomen.<sup>606</sup> Het is de rechtsbijstandverzekeraar immers verboden om rechtsbijstand te verlenen, zodat er bij verzekeraar geen belangenconflict kan optreden tijdens de (non-existente) bijstandverlening door de verzekeraar (of het schaderegelingskantoor). Een belangenconflict kan zodoende niet ontstaan bij de rechtsbijstandverzekeraar. Derhalve bepaalt § 127 VVG:

602. Pröls 2005, § 5, rn. 73ff.

603. Pröls 2005, § 8a, rn. 3.

604. Pröls 2005, § 8a, rn. 3.

605. BGBl. I, nr. 14, 434.

606. Schilasky 1998, p. 184-185; zie ook Schilasky 1998, p. 181, die erop wijst dat in andere Europese lidstaten de rechtsbijstandverzekeraar buitengerechtelijke rechtshulp kan leveren en zodoende artikel 4 lid 1 onder b Richtlijn 87/344/EEG wel toepasselijk is.

‘§ 127 Freie Anwaltswahl

(1) Der Versicherungsnehmer ist berechtigt, zu seiner Vertretung in Gerichts- und Verwaltungsverfahren den Rechtsanwalt, der seine Interessen wahrnehmen soll, aus dem Kreis der Rechtsanwälte, deren Vergütung der Versicherer nach dem Versicherungsvertrag trägt, frei zu wählen. Dies gilt auch, wenn der Versicherungsnehmer Rechtsschutz für die sonstige Wahrnehmung rechtlicher Interessen in Anspruch nehmen kann.

(2) Rechtsanwalt ist auch, wer berechtigt ist, unter einer der in der Anlage zu § 1 des Gesetzes über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland vom 9. März 2000 (BGBl. I S. 182, 1349), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 26. Oktober 2003 (BGBl. I S. 2074) geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung genannten Bezeichnungen beruflich tätig zu werden.’

In de ARB wordt het wettelijke vrije advocaatkeuzerecht onderschreven.<sup>607</sup> Bovendien bevestigen de ARB dat verzekerde de advocaat zelf kan inschakelen of dat de verzekeringsmaatschappij de door verzekerde gekozen advocaat uit naam van verzekerde inschakelt.

Duitsland heeft een verdergaande vrije advocaatkeuzeregeling dan Richtlijn 87/344/EEG voorschrijft in artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG, in de zin dat verzekerden altijd een advocaat mogen kiezen voor hun rechtshulp.<sup>608</sup> Daarbij heeft de wetgever klaarblijkelijk acht geslagen op de ARB 75, welke eveneens reeds ruim bereik van keuzevrijheid bepaalde.<sup>609</sup> Bijzonder is dat de redactie van § 127 VVG enigszins omslachtig is. Richtlijnconform wordt gespecificeerd dat verzekeringsnemer het vrije advocaatkeuzerecht ten aanzien van gerechtelijke en administratieve procedures heeft. Vervolgens wordt in het wetsartikel nog eens apart benadrukt dat het overige bereik van rechtshulp ook onder de vrije advocaatkeuze is gebracht.

In een enkel opzicht is Richtlijn 87/344/EEG in artikel 4 lid 1 onder a ruimer. Er is immers voorzien in een vrije keuze van rechtshulpverlener, derhalve kan de keuze dus ook zien op een niet-advocaat. Duitsland kent een ruim monopolie van de

607. ARB 2012, nr. 4.1.3: ‘Den Rechtsanwalt können Sie auswählen. Wir wählen den Rechtsanwalt aus, wenn Sie das verlangen oder wenn Sie keinen Rechtsanwalt benennen und uns die umgehende Beauftragung eines Rechtsanwalts notwendig erscheint. Wenn wir den Rechtsanwalt auswählen, beauftragen wir ihn in Ihrem Namen. Für die Tätigkeit des Rechtsanwalts sind wir nicht verantwortlich.’; ARB 2010, § 17, lid 3: ‘Der Versicherungsnehmer kann den zu beauftragenden Rechtsanwalt aus dem Kreis der Rechtsanwälte auswählen, deren Vergütung der Versicherer nach § 5 Absatz 1 a) und § 5 Absatz 1 b) trägt. Der Versicherer wählt den Rechtsanwalt aus, a) wenn der Versicherungsnehmer dies verlangt; b) wenn der Versicherungsnehmer keinen Rechtsanwalt benennt und dem Versicherer die alsbaldige Beauftragung eines Rechtsanwaltes notwendig erscheint.’ lid 4: ‘Wenn der Versicherungsnehmer den Rechtsanwalt nicht bereits selbst beauftragt hat, wird dieser vom Versicherer im Namen des Versicherungsnehmers beauftragt. Für die Tätigkeit des Rechtsanwaltes ist der Versicherer nicht verantwortlich.’

608. Andere rechtshulpverleners dan advocaten worden ook niet ingeschakeld voor rechtshulpverlening vanwege het monopolie van de advocatuur.

609. ARB 75 § 16 in samenhang met § 2 lid 1 onder a. Zie *Rechtsschutz in Europa* 1990-4, p. 24.

advocatuur op rechtshulp. Inherent daaraan bepaalt § 127 VVG dat slechts de vrije keuze van *advocaat* geldt. De ARB bepalen dienovereenkomstig dat slechts de kosten van rechtshulp van een advocaat worden vergoed.<sup>610</sup>

In de door mij geraadpleegde Duitse literatuur en jurisprudentie wordt niet uitgeweid over de term ‘Verwahlungsverfahren’, dat kennelijk correspondeert met ‘administratieve procedure’ in artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG. Hiervoor is te bedenken dat een toelichting overbodig is aangezien § 127 VVG het gehele scala aan rechtshulpmogelijkheden omvat.

In de rechtspraak werd reeds in 1989 door het BGH een algemeen beginsel van vrije advocaatkeuze bevestigd, derhalve vóór invoering van § 158m VVG.<sup>611</sup> In de betreffende zaak ging het echter niet om een geschil tussen een rechtsbijstandverzekeraar en een verzekerde, maar een geschil tussen een belangenvereniging van huurders en de Rechtsanwaltskammer (de Duitse Orde van Advocaten). De belangenvereniging had een groepsverzekering afgesloten met een rechtsbijstandverzekeraar ten behoeve van haar leden, huurders van woonruimte. In deze rechtsbijstandverzekering was bedongen dat de keuze van een advocaat aan deze belangenvereniging toekwam indien een huurder rechtshulp behoeft. De belangenvereniging informeerde dienovereenkomstig de huurders dat zij derhalve de keuze van advocaat aan haar moesten overlaten. De Rechtsanwaltskammer kwam daartegen met succes op. Het BGH oordeelde dat een dergelijke verlegging van de keuzevrijheid van de belanghebbenden, de huurders, naar de belangenvereniging, concurrentievervalsend was en strijdig met het vrije advocaatkeuzerecht voor eenieder van § 3 lid 3 BRAO.<sup>612</sup> In Duitsland geldt de vrije advocaatkeuze daarom als een zwaarwegend rechtsbeginsel.

Dat er een vrije advocaatkeuzerecht geldt, is verder onomstreden in Duitsland.<sup>613</sup> Wel is er in Duitsland discussie gevoerd over de kostenbeperkende maatregelen die door rechtsbijstandverzekeraars worden getroffen ten aanzien van het vrije advocaatkeuzerecht. Deze kostenbeperkende maatregelen lopen uiteen van aanbevelingen van rechtsbijstandverzekeraars voor netwerkadvocaten tot maatregelen in de zin van door verzekerde verschuldigde eigen risico's bij een vrijelijk gekozen advocaat. Uit de discussie over dergelijke maatregelen blijkt dat het in Duitsland bestendige praktijk is dat rechtsbijstandverzekeraars diverse kostenbeperkende maatregelen ten aanzien van de vrije advocaatkeuze treffen. Ik bespreek hieronder een aantal vigerende maatregelen.

610. ARB 2010, § 5 lid 1 onder b; ARB 2012, nr. 2.3.1.2. Zie ook Harbauer 2010, § 5, rn. 12 e.v.

611. BGH 26 oktober 1989, NJW 1990, 578.

612. § 3 lid 3 BRAO: ‘Jedermann hat im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften das Recht, sich in Rechtsangelegenheiten aller Art durch einen Rechtsanwalt seiner Wahl beraten und vor Gerichten, Schiedsgerichten oder Behörden vertreten zu lassen.’

613. Vergelijk evenwel Schilasky, die in zijn dissertatie een beperking van de door de rechtsbijstandverzekeraar te vergoeden advocaatkosten bepleit voor de buitengerechtelijke fase. De rechtsbijstandverzekeraar kan dan tegen tarieven beneden de in de BRAGO (voorloper van het RVG geset) voorziene wettelijke honoraria prijsafspraken maken met bepaalde advocaten die aan verzekerden kunnen worden toegewezen. Het vrije advocaatkeuzerecht wordt volgens Schilasky niet wezenlijk beperkt aangezien de verzekerde in het door Schilasky voorgestane model vrij blijft zijn eigen advocaat te kiezen, waarbij het meerdere boven de prijsafspraken met zijn netwerkadvocaten ten laste van verzekerde komt. Zie Schilasky 1998, in het bijzonder p. 264 e.v.

De minst verstrekken maatregel is uiteraard een niet dwingende en bindende aanbeveling voor bepaalde advocaten uit het netwerk van de rechtsbijstandverzekeraar. Een niet-bindende aanbeveling strijdt in zijn algemeenheid naar Duitse opvatting niet met het vrije advocaatkeuzerecht van § 127 VVG.<sup>614</sup> Verzekerde is dan immers geheel vrij om zijn keuze te maken. Obarowski wijst er zelfs op dat verzekerde het van de rechtsbijstandverzekeraar (gezien de zorgverplichting van de verzekeraar) verwacht dat deze hem begeleidt in het zoeken naar een geschikte advocaat.<sup>615</sup> De discussie over door de rechtsbijstandverzekeraar in de praktijk gehanteerde kostenbeperkende maatregelen spitsen zich derhalve toe op de toelaatbaarheid van financiële incentives om verzekerde naar een advocaat uit het netwerk van verzekeraar te sturen.

Armbrüster merkt op dat ook de (wel bindende) beperking tot een groot aantal advocaten in de verzekeringsovereenkomst strijdt met het recht van vrije advocaatkeuze.<sup>616</sup> Hij knoopt daartoe aan bij de vertrouwensrelatie tussen verzekerde en de advocaat en stelt dat ook een groot aantal te kiezen advocaten geen garantie is voor een vertrouwensrelatie. Ook indien de verzekerde in feite vrij is om zijn advocaat te kiezen maar de te vergoeden kosten worden beperkt tot de honoraria van de advocaten waarmee de rechtsbijstandverzekeraar afzonderlijke prijsafspraken heeft gemaakt, acht Armbrüster dit strijdig met Duitse wetgeving. In dat verband wijst hij op het Transparenzprincipe van § 307 BGB. Pas bij intreden van een schadegeval zou pas duidelijkheid worden verschaft over de hoogte van de vergoeding en niet bij contractsluiting, aldus Armbrüster.<sup>617</sup>

Prijsdiscriminatie vindt evenwel plaats in rechtsbijstandverzekeringsovereenkomsten, in de zin dat financieel gunstigere voorwaarden gelden voor de inschakeling van netwerkadvocaten. Armbrüster wijst er terecht op dat het onmogelijk is om afzonderlijke rechtsbijstandverzekeringen te sluiten mét en zonder vrije advocaatkeuzerecht, waarbij laatstgenoemde gunstigere prijzen kennen. Uiteraard wordt daarmee niet voldaan aan de eis dat in *iedere* rechtsbijstandverzekering het vrije advocaatkeuzerecht wordt gewaarborgd, zoals bepaald in artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG.<sup>618</sup> Wel is het mogelijk dat verzekerde het vrije keuzerecht heeft maar dat hem voordelen in het vooruitzicht worden gesteld, of – anders gesteld – bepaalde nadelen worden bespaard wanneer hij geen gebruik maakt van dit recht. Bepalend is of verzekerde op het moment dat een advocaat moet worden ingeschakeld de vrije keuze heeft.<sup>619</sup> Deze incentives vallen voornamelijk uiteen in het rekenen van een eigen risico (Selbstbehalt) of het hanteren van een no-claimsstelsel.

614. LG Bremen 4 september 1997, *VersR* 1998, 974; Armbrüster *AnwBl* 2012, p. 218; Pröller-Martin 2018, ARB 2010, rn. 2. Zie ook *VersR* 2013, p. 813.

615. Obarowski in Beckmann/Matusche-Beckmann 2015, § 37, rn. 597.

616. Armbrüster 2012, p. 218-219.

617. Armbrüster 2012, p. 219.

618. Zie ook § 127 in combinatie met § 129 VVG. De vrije advocaatkeuzerechtsbepaling in de VVG is eenzijdig dwingend en kan dus niet ten nadele van een verzekerde worden uitgelegd.

619. Armruster in *VersR* 2011, p. 1520.

Allereerst, het berekenen van een eigen risico schept de mogelijkheid om enerzijds de kosten van schaderegeling te verwerken en kan zowel bij het aanmelden van een zaak als bij de vrije keuze van een advocaat worden toegepast. Schilasky stelt dat het een opgave is om te bepalen hoe hoog het eigen risico moet zijn.<sup>620</sup> Enerzijds moet het verzekerden afschrikken zaken met een aanmerkelijk laag belang te melden of stimuleren een netwerkadvoocaat te kiezen. Anderzijds dient het bedrag niet zo hoog te zijn dat de betreffende rechtsbijstandverzekeraar zich uit de markt prijst. Ook een eigen risico in de zin van een percentage van de schadelast van een melding van verzekerde in een voorkomend geval zou in het gedrang komen met voornoemd Transparenzgebot: verzekerde dient vooraf te weten waar hij aan toe is.<sup>621</sup>

Een andere mogelijkheid tot het sturen van verzekerden naar een netwerkadvoocaat is het hanteren van een no-claimsysteem: 'Schadenfreiheitsrabatt'. Schilasky noemt dat het no-claimsysteem terug is te voeren op de motorrijtuigenverzekeringen, met bonus-/malussysteem.<sup>622</sup> Het systeem vindt vooral toepassing ten aanzien van het aantal schademeldingen, waarbij meer schademeldingen binnen een bepaalde tijd leiden tot een verhoogde premie of eigen risico.<sup>623</sup> Een dergelijk systeem kan echter ook worden toegepast met betrekking tot de keuze van verzekerde voor een netwerkadvoocaat of een zelf gekozen advocaat.

Eén Duitse rechtsbijstandverzekeraar paste dit systeem toe in die zin dat een schademelding en aansluitende uitbesteding aan een advocaat niet leidt tot een verandering in het malussysteem wanneer verzekerde een door rechtsbijstandverzekeraar aangedragen netwerkadvoocaat koos. De verzekeraar hanteerde een no-claimsysteem met oplopende eigen risicobedragen voor een volgend schadegeval, variërend van € 0 tot € 300,-. De Bundesanwaltschaftammer vocht deze praktijk van de rechtsbijstandverzekeraar aan en werd in hoger beroep door het OLG Bamberg in het gelijk gesteld.<sup>624</sup> Het BGH vernietigde in cassatie echter de uitspraak van het OLG Bamberg.<sup>625</sup>

De uitspraak van het BGH in deze kwestie is van groot belang geworden voor de Duitse rechtspraktijk gezien de criteria die het BGH aanlegde voor het bepalen of er sprake is van een schending van het recht van vrije advocaatkeuze van § 127 VVG. In de onderhavige vorm van een no-claimsysteem (Schadenfreiheitsrabatt) nam het BGH geen schending aan van het vrije advocaatkeuzerecht. Onder verwijzing naar de rechtspraak van het HvJ EU inzake *Eschig* en *Stark* overwoog het BGH dat het aspect van de *omvang van de dekking* in de rechtsbijstandverzekering niet in Richtlijn 87/344/EEG is geregeld. Tevens stelde het BGH vast dat de Duitse wetgever in de nationale wetgeving geen verruiming heeft beoogd ten opzichte van de richtlijn, anders dan dat in het buitengerechtelijke bereik ook het vrije advocaatkeuzerecht geldt. Vervolgens heeft het BGH, met referte aan een uitspraak van

620. Schilasky 1998, p. 69.

621. Idem Schilasky 1998, p. 69.

622. Schilasky 1998, p. 71.

623. Idem Schilasky 1998, p. 71.

624. OLG Bamberg 20 september 2012, NJW 2012, 2282.

625. BGH 4 december 2013, NJW 2014, 630.

OGH Oostenrijk uit 2002, de grens benadrukt van ontoelaatbare psychische druk tot het kiezen van de door de verzekeraar aangedragen advocaat.<sup>626</sup> Aan de hand van de volgende drie criteria dient volgens het BGH te worden beoordeeld of de grens van ontoelaatbare druk wordt overschreden en derhalve sprake is van een schending van het vrije advocaatkeuzerecht van § 127 VVG:

1. Werkt de voorliggende prikkel ten behoeve van verzekerde direct, bij het actuele schadegeval, of pas bij een toekomstige schademelding?  
(in de onderhavige zaak werd een verhoging van het toekomstige eigen risico bij schademelding in het vooruitzicht gesteld);
2. Wat is de duur van de uitwerking van de ongunstige keuze, voor een zelf gekozen advocaat?  
(het BGH nam in overweging dat verzekerde in het onderhavige geval bij gunstig schadeverloop in een volgend jaar weer lager kon uitkomen in de no-claimklasse);
3. Hoe hoog is het financiële belang dat verzekerde bij de prikkel wordt voorgehouden? Hoe hoger het bedrag gemoeid met de prikkel, hoe eerder er sprake is van ongeoorloofde psychische druk (een bedrag van € 150,- verhoging van eigen risico, zoals in het onderhavige geval, betekende op zichzelf volgens het BGH geen ongeoorloofde druk).

De uitspraak van het BGH heeft een werkbare leidraad voor de praktijk gecreëerd.<sup>627</sup> Daarbij moet worden bedacht dat het HvJ EU in de uitspraak *Stark* al heeft vastgesteld dat het aan de nationale rechter is om ter zake vast te stellen of er in een *concreet geval* de facto sprake is van schending van het recht van vrije advocaatkeuze.<sup>628</sup>

### 9.2.7 Vergoeding advocaatkosten

Aansluitend op de bepaling van de vrije advocaatkeuze bespreek ik hier de wijze waarop de advocaatkosten worden vergoed onder de rechtsbijstandverzekering en de regulering van advocatentarieven, op welke twee pijlers het Duitse stelsel sterk leunt.

626. Vergelijk OLG Oostenrijk 22 mei 2002, *VersR* 2003, p. 1330-1332.

627. Pröls/Martin/Armbrüster 2015, ARB 2010, § 17, rn. 1a; Beckmann/Matusche-Beckmann 2015, rn. 599. Vergelijk NJW 2014, 588. De uitspraak van het BGH is in enigszins kritische zin becommentarieerd door Cornelius-Winkler. De implicaties van de uitspraak zijn volgens hem beperkt aangezien het systeem van Schadenfreiheitsrabatten in kwestie een milde vorm van prikkel betrof. Hij wijst daarenboven op het actieve stuurbeleid van Duitse rechtsbijstandverzekeraars op het drukken van advocaatkosten, dat in zijn optiek de grenzen van het toelaatbare overschrijdt. Daartoe benoemt hij het gebruik van rechtsbijstandverzekeraars van telefonische advieslijnen van netwerkadvocaten en het sturen op mediation door de rechtsbijstandverzekeraar, waarbij hij zich afvraagt of dit ten koste gaat van de kwaliteit van de rechtshulp. Voorts is Cornelius-Winkler ongerust over de ontwikkeling dat (netwerk)advocaten veelvuldig een binding hebben met rechtsbijstandverzekeraars en er zodoende een belangenconflict volgens hem op de loer ligt. Deze 'Vertrauensanwälte' zouden zo bezien belang kunnen hebben om op goede voet met rechtsbijstandverzekeraars te blijven en voor hen te zorgen voor een financieel gunstige afwikkeling van dossiers.

628. Zie paragraaf 8.4.2 hiervoor.

Verzeekerde hoeft in Duitsland niet een opdracht aan de advocaat van de rechtsbijstandverzekeraar af te wachten. Een verplichting (Obliegenheit) voor verzeekerde ontbreekt hier anders dan dat hij volgens de ARB na een schade-evenement zo spoedig mogelijk de zaak bij verzekeraar moet melden (§ 17 lid 1(a) en artikel 4.1.1.1 ARB 2012) en ervoor moet waken dat hij alles nalaat dat een onnodige verhoging van de kosten van rechtshulp teweegbrengt (§ 5(c) onder cc ARB 2010 en artikel 4.1.1.4 ARB 2012). Heeft verzeekerde voorafgaand aan de melding bij de rechtsbijstandverzekeraar en diens bevestiging van de dekking reeds een advocaat ingeschakeld, dan geldt dat de rechtsbijstandverzekeraar daarvoor slechts instaat voor zover hij die bij bevestiging van de dekking voorafgaand aan de te maken kosten zou hebben gedragen (§ 17 lid 4 ARB 2010 en artikel 4.1.2 ARB 2012). Wel dient verzeekerde bij (overige) maatregelen die kosten meebrengen af te stemmen met de rechtsbijstandverzekeraar, voor zover dit zijn belangen niet onredelijk schaadt (§ 17 lid 1(c) ARB 2010). In Nederland is dit anders, waar de inschakeling van de advocaat en in het verlengde daarvan de door deze te treffen rechtsmaatregelen vooraf moeten worden bevestigd door de rechtsbijstandverzekeraar, op straffe van verval-van-recht. Echter, zoals besproken in paragraaf 8.8. volgt uit recente Nederlandse jurisprudentie dat een verzekeraar in een voorkomend geval zijn belangenbeschadiging moet kunnen aantonen en dat in de regel de belangenbenadeling niet verder gaat dan een partieel verval-van-recht.

Ik behandel hier verder de Duitse wettelijke regeling omtrent minimum advocaat-honoraria. Deze regeling is voor de rechtsbijstandverzekering in Duitsland van groot belang omdat de rechtsbijstandverzekeraar in principe niet meer vergoedtdan de wettelijke minimumvergoeding.<sup>629</sup> Het meerdere dat verzeekerde aan honorarium overeenkomt met de advocaat blijft voor zijn eigen rekening.

Duitsland kent een bijzonder wijze van berekening van advocaatkostenvergoedingen. Op grond van het Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (Rechtsanwaltsvergütungsgesetz - RVG)<sup>630</sup> geldt een fijnmazig systeem voor het berekenen van een *minimum*vergoeding van de advocaatkosten. Ik schets

629. ARB 2012, nr. 2.3.1.1.1.: '2.3.1.2. Die Vergütung eines Rechtsanwalts, der Ihre Interessen vertritt (Wenn Sie mehr als einen Rechtsanwalt beauftragen, tragen wir die dadurch entstehenden Mehrkosten nicht. Auch Mehrkosten aufgrund eines Anwaltswechsels tragen wir nicht). Wir erstatten maximal die gesetzliche Vergütung eines Rechtsanwalts, der am Ort des zuständigen Gerichts ansässig ist oder wäre. Die gesetzliche Vergütung richtet sich nach dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz.' En art. 5 lid 1 ARB 2010, § 5 Leistungsumfang: '(1) Der Versicherer erbringt und vermittelt Dienstleistungen zur Wahrnehmung rechtlicher Interessen und trägt a) bei Eintritt des Rechtsschutzfalles im Inland die Vergütung eines für den Versicherungsnehmer tätigen Rechtsanwaltes bis zur Höhe der gesetzlichen Vergütung eines am Ort des zuständigen Gerichtes ansässigen Rechtsanwaltes. Der Versicherer trägt in Fällen, in denen das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz für die Erteilung eines mündlichen oder schriftlichen Rates oder einer Auskunft (Beratung), die nicht mit einer anderen gebührenpflichtigen Tätigkeit zusammenhängt und für die Ausarbeitung eines Gutachtens keine der Höhe nach bestimmte Gebühr festsetzt, je Rechtsschutzfall eine Vergütung bis zu ... Euro. Wohnt der Versicherungsnehmer mehr als 100 km Luftlinie vom zuständigen Gericht entfernt und erfolgt eine gerichtliche Wahrnehmung seiner Interessen, trägt der Versicherer bei den Leistungsarten gemäß § 2 a) bis g) die Kosten in der I. Instanz für einen im Landgerichtsbezirk des Versicherungsnehmers ansässigen Rechtsanwalt bis zur Höhe der gesetzlichen Vergütung eines Rechtsanwaltes, der lediglich den Verkehr mit dem Prozessbevollmächtigten führt'; zie ook Prölls/Martin/Armbrüster ARB 2010, § 5, rn. 9 e.v.

630. Rechtsanwaltsvergütungsgesetz van 5 mei 2004 (BGBl. I S. 718, 788).



hier in grote lijnen de werking van de berekening van de advocaatkostenvergoeding. Rechtsbijstandverzekeraars volgen het systeem van het RVG.

Het RVG bepaalt als uitgangspunt de minimumvergoedingen die moeten worden berekend door de advocaat. Slechts in uitzonderingsgevallen mag een honorarium-afsprake gemaakt voor een lager bedrag dan het RVG bepaalt, zoals hierna nog wordt besproken.<sup>631</sup> Het is partijen echter toegestaan om een *hogere* honorarium af te spreken dan het RVG voorschrijft (§ 3a lid 1). Een dergelijke hogere vergoedings-afsprake kan onder omstandigheden (§ 3 lid 2) echter worden bijgesteld.

De minimumvergoeding wordt vervolgens in de regel vastgesteld aan de hand van de zogenaamde ‘Gegenstandswert’, oftewel de financiële waarde van het voorliggende juridische geschil (§ 2 lid 1 RVG), voor zover het RVG niet in een andere waardering voorziet. Aan deze Gegenstandswert wordt overeenkomstig de bijlage bij § 13 lid 1 RVG volgens een staffel een bedrag gekoppeld, voor zover derhalve de waarde van het geschil in een bedrag kan worden uitgedrukt.

Het honorarium dat aldus wordt bepaald aan de hand van de Gegenstandswert kan eenmaal of meermalen in rekening worden gebracht, zulks conform in het RVG erkende en declarabel gestelde handelingen van de advocaat. Het RVG voorziet zodoende in een belasting van buitengerechtelijke en gerechtelijke handelingen. Bij de laatstgenoemde handelingen kan tweemaal een honorarium berekend worden, namelijk een *Verfahrensgebühr* (voor het aanbrengen van de procedure) en een *Terminsgebühr* (voor opvolgende procedurehandelingen). Bij het treffen van een schikking tijdens de procedure kan daar nog een *Einigungsgebühr* worden berekend.

Ik geef hier een voorbeeld ter illustratie. Wanneer een eiser een gerechtelijke procedure start ter incasso voor een geldvordering van € 8.000 (kosten hier buiten beschouwing gelaten) en de procedure eindigt met een eindvonnis, bedragen de van eiser te vergoeden advocaatkosten bij toewijzing van de vordering als volgt. Hoofdsom van € 8.000 (Gegenstandswert) staat gelijk aan een honorarium van € 456 (zie RVG bijlage 2 – bij §. 13 lid 1, derde zin). Gezien het aantal handelingen in de zaak geldt tweemaal dit honorarium: eenmaal voor het aanbrengen van de procedure (*Verfahrensgebühr*: factor 1,3) en eenmaal voor de loop van de procedure (*Terminsgebühr*: factor 1,2) – zie RVG nr. 3100 en 3104 van bijlage 1 (bij § 2 lid 2). Derhalve bedraagt het aan eiser in deze zaak te vergoeden honorarium van advocaatkosten:  $(1,3 * € 456) + (1,2 * € 456) = \text{€ } 1.140$  (excl. belasting en overige te vergoeden kosten). Opvalt dus dat op voorhand kan worden gesteld dat vooral in zaken van lagere financiële belangen het minimum aan advocaatkosten onder de RVG aanzienlijk lager uitvallen dan in Nederland.<sup>632</sup>

Van bijzonder belang is voorts van het Duitse stelsel dat de in het ongelijk gestelde partij in civiele zaken in de regel wordt veroordeeld in de advocaatkosten van de

631. Zie de Bundesrechtsanwaltsordnung van 1 augustus 1959 (BRAO) – met de beroepsregels van de advocatuur – § 49b (Vergütung).

632. Uitgaande van een gemiddeld advocatentarief van € 200 per uur dat vrij gangbaar is in Nederland.

andere partij, eveneens berekend volgens de RVG (§ 91 ZPO). Een uitzondering betreft arbeidsrechtelijke procedures in eerste instantie voor het Arbeidsgerecht (§ 12a Arbeitsgerichtsgesetz). In boetegeld- en strafzaken vallen de advocaatkosten bij vrijspraak en staken van de vervolging ten laste van de staatskas (§ 467). Ook de kosten van rechtsbijstand van bestuursorganen behoeven niet door de klager te worden vergoed bij zaken van sociaal recht voor het Sozialgericht.

Opvallend is dat de advocaatkosten conform het RVG en tabellen met hoogtes van enkelvoudige advocaathonoraria (ten aanzien van § 13 RVG) sterk zijn gereguleerd. Het enkelvoudige honorarium — dat voor onderscheidenlijke relevante procedure-handelingen — loopt van € 45 voor een vordering van € 500 tot € 3.213 bij een vordering ter hoogte van € 500.000. Men bedenke zich daarbij dat in eerste aanleg in civiele zaken maximaal een factor van 2,5 kan worden gerekend (Verfahrensgebühr + Terminsgebühr) met nog een extra factor van 1,0 als een regeling wordt getroffen (Einigungsgebühr), derhalve maximaal factor 3,5. Bij een vordering van € 500.000 bedragen de advocaatkosten dus maximaal **€ 11.245,50** ( $3,5 * € 3.213$ ). Het RVG geeft echter een minimumtarief, zodat partijen dus een hoger tarief kunnen afspreken. Aangezien rechtsbijstandverzekeraars in de regel het RVG volgen, zullen de door rechtsbijstandverzekeraars te betalen advocaatkosten niet hoger uitvallen dan dat.

Reeds kort werd aangestipt dat het onder omstandigheden mogelijk is lagere tarieven af te spreken dan het RVG uitstippelt. In het bestek van de rechtsbijstandverzekering is relevant dat sinds 1 juli 2006 de honoraria voor buitengerechtelijke rechtshulp zijn vrijgegeven.<sup>633</sup> Voor zover de rechtshulp derhalve niet ziet op een procedure is de advocaat op grond van § 4 lid 1 RVG bevoegd een lagere dan de eveneens in het RVG voorziene minimumvergoeding overeen te komen met de opdrachtgever mits deze in verhouding is met de prestatie, de verantwoordelijkheid en het aansprakelijkheidsrisico van de advocaat. Deze wijziging in de regelgeving met minima voor advocatenhonoraria kan door rechtsbijstandverzekeraars worden benut om lagere prijsafspraken te maken om de kosten te drukken.

### 9.2.8 Actief schademanagement van rechtsbijstandverzekeraars in de praktijk

Ondanks dat sprake is van een wettelijk gereguleerd systeem van minimum advocaathonoraria voeren Duitse rechtsbijstandverzekeraars een actief beheer van schaderegeling. Ook in Duitsland zijn rechtsbijstandverzekeraars niet gevrijwaard van sterk stijgende kosten van rechtshulp van de rechtsbijstandverzekering. Schilasky beschreef reeds in de jaren negentig een tendens waarin rechtsbijstandverzekeraars geconfronteerd werden met sterk veranderde marktvoorwaarden.<sup>634</sup> Door de afschaffing van de voorafgaande controle van verzekeringsvoorwaarden werd de deur opengezet voor concurrentie op andere facetten dan enkel de prijs. Daarnaast wijst Schilasky in dat verband op een sterk gestegen schadelast bij de

633. BGBl I 5 mei 2004, 718, deels in werking getreden op 1 juli 2006.

634. Schilasky 1998, hoofdstuk 2.

rechtsbijstandverzekeraar van 39,1% in 1960 (bruto schadelast ten opzichte van bruto premie-inkomsten) naar 80,4% in 1996.<sup>635</sup>

Een voor de hand liggende manier om de kostenstijgingen op te vangen is uiteraard een verhoging van de premies. En dergelijk middel van aanpassing van de prijs heeft uiteraard rechtstreeks uitwerking op de klant zodat het niet het minst bezwaarlijke middel is om kostenstijgingen op te vangen. Daarbij moet vermeld worden dat in 1996 de jaarlijkse premiebijdragen van een algemene rechtsbijstandverzekering al tussen de 400 en 490 DM lagen.<sup>636</sup>

In zijn dissertatie bepleit Schilasky om in Duitsland, anders dan de kosten voor verzekerden direct of indirect te verhogen, voor de rechtsbijstandverzekeraar voor de *buitengerechtelijke fase* een verdergaande inperking *ter zake de te vergoeden kosten* gemoeid met de vrije advocaatkeuze te implementeren. Zijn suggestie bestaat erin om in de buitengerechtelijke fase de kostenvergoeding te maximaliseren tot het bedrag dat verzekeraar met diens netwerkadvocaten afsprekt, derhalve onder het minimumbedrag voorzien in het RVG. Het vrije advocaatkeuzerecht van § 127 VVG (destijds § 158m VVG) blijft daarmee onberoerd aangezien verzekerde ook in de buitengerechtelijke fase onverkort zijn eigen advocaat kan kiezen,<sup>637</sup> hij draagt dan alleen een gedeelte van de kosten als deze advocaat meer rekent dat de advocaten waar de verzekeraar prijsafspraken mee maakt.

Kiest verzekerde in dit door Schilasky voorziene model dus een netwerkadvocaat van de verzekeraar dan is hij gevrijwaard van advocaatkosten. Kiest verzekerde een eigen advocaat, dan draagt hij boven de prijsafpraak het meerdere tot aan het gereguleerde minimumhonorarium van het RVG (destijds BRAGO). Dit opent de weg voor de rechtsbijstandverzekeraar om met respectering van het vrije advocaatkeuzerecht bij gerechtelijke en administratieve procedures in de buitengerechtelijke fase te werken met door de rechtsbijstandverzekeraar uitgezochte en te selecteren netwerkadvocaten, om daarmee gunstigere tarieven af te spreken. Schilasky put voor de hiervoor beschreven suggestie uit door hem onderzochte positieve ervaringen

635. Schilasky 1998, p. 48 e.v. Deze sterke stijging wijdt hij onder meer aan de sterk toegenomen strijdbaarheid van (rechts)personen, onder andere vanwege de mettertijd mondiger geworden burger. Anderzijds zijn de kosten van rechtshulp zelf gestegen, met name door de 'Kostenänderungsgesetzen' van 20 augustus 1975 en 1 januari 1987, waardoor de gerechtskosten en advocaatkosten werden verhoogd. Ten slotte wijst hij op het optreden van advocaten die voor rechtsbijstandverzekerden ten onrechte hogere vorderingen instellen dan gerechtvaardigd is, omdat — zoals nog wordt besproken — de hoogte van het door de advocaat te ontvangen honorarium veelvuldig afgestemd is op de hoogte van de ingestelde vordering.

636. Schilasky 1998, p. 63. Schilasky vroeg zich af of er nog ruimte in zat voor een verdere premiestijging behoudens indexering. Tegelijkertijd wijst hij op de in de verzekeringsvoorwaarden voorziene mogelijkheid van opzegging door de verzekeringsnemer bij een premiestijging van zekere hoogte, hetgeen volgens hem juist eerder nadelig is voor rechtsbijstandverzekeraars, die juist gedijen bij grotere, constante verzekeringsbestanden; zie Schilasky 1998, p. 58-65.

637. Daarmee nam Schilasky tot uitgangspunt dat naar Duitse opvatting het de rechtsbijstandverzekeraar zelf verboden is om rechtshulp te verlenen. Hij beseft daarmee dat het te vroeg is om daaraan te tornen, hoewel hij wel aangaf dat Duitsland zich daarmee in een uitzonderingspositie manoeuvreert, zie Schilasky 1998, p. 261.

gen uit het buitenland waarin de buitengerechtelijke fase geheel of gedeeltelijk wordt geclaimd door rechtsbijstandverzekeraars, waaronder Nederland.<sup>638</sup>

Deze suggestie van Schilasky verdraagt zich volgens hem met de relevante wetgeving. Hij stelt voorop dat de kwaliteit van rechtshulp er niet onder lijdt.<sup>639</sup> Ook bestrijdt hij dat er sprake is van een concurrentievervalsing met de advocatuur.<sup>640</sup>

Tot een eenduidige beperking van de advocaatkosten in de buitengerechtelijke fase door rechtsbijstandverzekeraars is het echter tot op heden niet gekomen. De rechtsbijstandverzekeringsovereenkomsten voorzien, ook in de buitengerechtelijke fase niet, in een algehele beperking van honoraria van advocaten. Toch verkennen rechtsbijstandverzekeraars diverse mogelijkheden van reducering van de te vergoeden advocaatkosten. Hiervoor besprak ik de maatregelen in verband met het vrije advocaatkeuzerecht welke in literatuur en rechtspraak ter discussie zijn gesteld, namelijk het toepassen van een eigen risico, een no-claimsstelsel en een actief beleid waarop door de rechtsbijstandverzekeraar wordt gestuurd op netwerkadvocaten, derhalve advocaten met prijsafspraken met de verzekeringsmaatschappij. Sinds de jaren negentig is laatstgenoemde tendens ontstaan om niet-dwingend te sturen op netwerkadvocaten.<sup>641</sup> Vanuit de advocatuur is daartegen de vraag opgeworpen op basis van welke criteria deze advocaten worden geselecteerd in het netwerk van de rechtsbijstandverzekeraar.<sup>642</sup>

Deze uitbreiding van het de dienstverlening van het pallet van de rechtsbijstandverzekeraar past binnen de globale definitie van § 125 VAG, waarbij de rechtsbijstandverzekeraar ook de juridische belangen van verzekerden waarneemt.<sup>643</sup> Anderzijds is in de literatuur kritiek ontstaan over de ruimhartige wijze waarop rechtsbijstandverzekeraars met inachtneming van het verbod op (rechtstreekse) rechtshulpverlening gebruikmaken van de mogelijkheden om de advocaatkosten en andere kosten van rechtshulp te drukken.<sup>644</sup> De discussie over handelwijze van rechtsbijstandverzekeraars is allicht aangewakkerd met de invoering van het RVG in 2004, die – zoals besproken – momenteel de minimumvergoedingen voor rechtshulp van advocaten uiteenzet.<sup>645</sup>

Vanuit de advocatuur wordt allereerst betoogd dat de bemoeienis van rechtsbijstandverzekeraars met de inschakeling van de advocaat strijdig is met rechtspraak

638. Schilasky 1998, p. 137-138. Zie hiervoor de beschrijving van de Nederlandse praktijk wat betreft de inschakeling van netwerkadvocaten, paragraaf 2.3.1.

639. Schilasky 1998, p. 214. Saillant is dat hij de parallel trekt met rechtshulp door juristen van de rechtsbijstandverzekeraar zelf, waar het gevaar op de loer kan liggen dat het 'rechtshulp tweede klasse' behelst, zonder dat hij dit gevaar overigens beargumenteert. Ter verdediging van het optreden van de netwerkadvocaat voor verzekerde voert hij aan dat deze onder meer vanwege hun beroepsregels gehouden zijn om verantwoorde rechtshulp te bieden, ook indien zij tarieven rekenen beneden de minimumhonoraria voorzien in het RVG (destijds nog BRAGO).

640. Schilasky 1998, hoofdstuk 4.

641. VersR 2013, p. 806.

642. Idem VersR 2013, p. 806.

643. Beckmann/Matusche-Beckmann 2015, § 37, rn. 18.

644. Zie o.a. *AnwBl* 2012, p. 226-230; Schons in *AnwBl* 2010, p. 861- 883; Cornelius-Winkler SVR 6/2013, p. 201 e.v.; *Anwaltsreport* 6/2004 (<http://www.bafin.de>), p. 17.

645. *AnwBl* 2012, p. 228.

van het BGH.<sup>646</sup> De kritiek luidt hoofdzakelijk dat er belangenconflicten op de loer liggen bij de actieve bemoeienis van de rechtsbijstandverzekeraar bij de keuze voor een advocaat. Ook is er vanuit de advocatuur bezorgdheid geuit over afspraken tussen rechtsbijstandverzekeraars en advocaten met afgesproken tarieven beneden de wettelijke tarieven in de buitengerechtelijke fase.<sup>647</sup> Er is discussie over de verenigbaarheid van dergelijke afspraken, gezien de onafhankelijke rol van de advocaat en het belonings- en provisieverbod van § 49b lid 3 BRAO.<sup>648</sup> De hiergenoemde kritiek toont dat, hoewel Schilasky zoals gezegd een actieve input van rechtsbijstandverzekeraars in de buitengerechtelijke fase bepleitte, de actieve bemoeienis van rechtsbijstandverzekeraars met honoraria van advocaten momenteel bijzonder gevoelig ligt in de advocatuur.

Meest recentelijk is de toespitsing van de rechtsbijstandverzekeraar op mediation kritisch onder de loep genomen. Mediation wordt in Duitsland steeds meer geïncorporeerd in het aanbod van rechtsbijstandverzekeraars, vanwege de voordelen van het besparen van kosten van rechtshulp en (daarmee) stabilisering van de premies.<sup>649</sup> In de ARB 2012 is derhalve ook een bepaling gewijd aan mediation als onderdeel van het aanbod van de rechtsbijstandverzekering.<sup>650</sup> Kritiek op het inzetten van mediation als middel ter voorkoming van geschilbeslechting bestaat vooral op zogenoemde ‘shuttle-mediations’, met externe mediators, niet-juristen, welke vaak telefonisch plaatsvinden met verzekerde en diens wederpartij.<sup>651</sup> Bij deze vorm van mediation wordt de tussenkomst van advocaten vermeden en wordt het geschil van verzekerde derhalve gedejuridiseerd.

Een verdere uitstap van de rechtsbijstandverzekering uit zijn rol als zuivere kostenverzekeraar is de bemoeienis met telefonische ‘hotlines’ met advocatenadvies (via netwerkadvocaten). In dat verband geldt in de ARB 2012 in nr. 4.1.1. de verplichting (Obliegenheit) om telefonisch de schade te melden. Deze ontwikkelingen zijn echter niet zonder kritiek.<sup>652</sup>

## 9.3 Oostenrijk

### 9.3.1 Historie

De rechtsbijstandverzekering werd in Oostenrijk ongeveer tegelijkertijd als in Nederland geïntroduceerd, in 1955.<sup>653</sup> In een samenwerkingsverband van D.A.S.

646. Schons 2010, p. 862; Cornelius-Winkler 2013, p. 206. Verwezen wordt naar de uitspraken van het BGH uit 1961 en 1992: BGH 20 februari 1961, *VersR* 1961, 433; *NJW* 1961, 1113. De auteurs wijzen op het belang van de verzekerde van te ontvangen adequate rechtshulp gezien de rechtspraak van het BGH strijdig is met de bemoeienis van de verzekeraar bij de benoeming van de advocaat, gezien het tegenstrijdige belang van de verzekeraar, te weten de prikkel om het maken van kosten te beperken. BGH 26 oktober 1989, *NJW* 1990, 578.

647. Zie *AnwBl* 2012, p. 226-230; Schons 2010, p. 861-863.

648. Cornelius-Winkler 2013, p. 205; in meer positieve zin Kilian 2012, p. 209-217.

649. *VersR* 2013, p. 811.

650. ARB 2012, nr. 2.3.1.1. Zie *VersR* 2013, p. 811-812.

651. Cornelius-Winkler 2013, p. 203.

652. Zie Cornelius-Winkler in *NJW* 2014, 588; *AnwBl* 2013, p. 517-519 in verband met mediation.

653. Werner 1985, p. 164-165: daarbij buiten beschouwing gelaten een enkele poging van lancering van een gecompliceerde vorm van rechtsbijstand kostenverzekering in 1935 door die Allgemeine

Deutscher Automobil Schutz en zeven multibranche verzekeraars werd D.A.S. Der Automobil Schutz Österreichische Allgemeine Rechtsschutz-Versicherungs-Aktiengesellschaft – een gespecialiseerde rechtsbijstandverzekeraar – opgericht.<sup>654</sup> Vrijwel tegelijkertijd ondernam multibranche verzekeraar Wiener Städtische Wechselseitige Versicherungsanstalt de uitstap naar de markt van de rechtsbijstandverzekering in combinatie met zijn ongevallenzekeringsverzekering.<sup>655</sup> Nadat het samenwerkingsverband tussen de voornoemde zeven multibranche verzekeringsmaatschappijen was afgelopen, namen deze maatschappijen ook de rechtsbijstandverzekering op in hun productaanbod.<sup>656</sup>

De rechtsbijstandverzekering maakte daarmee een snelle opmars op de Oostenrijkse markt. In 1982 waren er reeds 30 verzekeraars met een rechtsbijstandverzekering actief, waarvan twee in een gespecialiseerde onderneming welke banden hadden met Duitse rechtsbijstandverzekeraars: D.A.S. Der Automobil Schutz Österreichische Allgemeine Rechtsschutz-Versicherungs-Aktiengesellschaft (1956) en ARAG Allgemeine Rechtsschutz-Versicherung AG (1976).<sup>657</sup> De overige 28 waren multibranche verzekeraars.

Omdat de rechtsbijstandverzekering in Oostenrijk later zijn intrede deed dan in Duitsland, namelijk eerst ná de Tweede Wereldoorlog, zag de dekking niet enkel toe op verkeersschades. Parallel aan de uitbreiding in Bondsrepubliek Duitsland werd ook de algemene rechtsbijstandverzekering aangeboden, welke zag op verhaal van particuliere schades, bedrijfs- en beroepsschades (de klassieke verzekeringsdekking).<sup>658</sup>

In 1965 begon ook in Oostenrijk een consequente praktijk van gebruik van vooraf goedgekeurde standaardvoorwaarden, allereerst met de ARB 65.<sup>659</sup> Deze ARB 65 zagen vanwege historische overwegingen enkel op het verhaal van schadevergoeding en de verdediging in strafzaken. Daarnaast werden de ERB 65 (Ergänzende Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung) uitgevaardigd welke gedeeltelijk voortborduurd op de ARB 65 en de dekking regelden van 'Kraftfahrzeug-Rechtsschutz', 'Kraftfahrzeuglenker-Rechtsschutz' en klassieke rechtsbijstandverzekering oftewel 'Allgemeiner Rechtsschutz' (voor particulieren, beroepen en bedrijven). Ten slotte werden naast de ARB en ERB 65 nog bijzondere voorwaarden uitgevaardigd, 'Sonderbedingen', voor specifieke dekkingen: 'Arbeitsgerichts-Rechtsschutz', 'Sozialversicherungs-Rechtsschutz', 'Beratungs-Rechtsschutz', 'Vertrags-Rechtsschutz' en 'Allgemeiner Vertrags-Rechtsschutz' en 'Vorleistung für Schaden am Versicherten Kraftfahrzeug'. De (voorafgaande) goedkeuring van verzekeringsvoorwaarden verliep

---

Versicherungs-Gesellschaft Phoenix, welke zich toespitste op het hoger beroep en strikte voorwaarden kende. Deze verzekering vond slechts beperkt aftrek en het bedrijf werd in 1936 weer gestaakt.

654. Möller 1975, p. 132 en Werner 1985, p. 165.

655. Idem.

656. Werner 1985, p. 165.

657. Werner 1985, p. 174.

658. Möller 1975, p. 131; zie ook *Rechtsschutz in Europa* 1973, p. 38. Bevorderlijk was daarbij vermoedelijk dat D.A.S. Oostenrijk door D.A.S. Duitsland was mede opgericht, welke verzekeraar destijds opereerde volgens de Duitse ARB 54, welke eveneens voorzag in de klassieke vorm van algemene rechtsbijstandverzekering.

659. Möller 1975, p. 135; Werner 1985, p. 167.

via het nationaal toezicht dat in handen was van het Bondsministerie van Financiën.<sup>660</sup>

In 1988 zijn de ARB 1965 grootschalig bijgewerkt en vernieuwd. De bepalingen werden gemoderniseerd, transparanter, consumentvriendelijker gemaakt en voorzien van een aantal prestatie-uitbreidingen.<sup>661</sup> De ARB 1965 en 1988 waren beide verplicht voorgeschreven toen de verzekeringsvoorwaarden van rechtsbijstandverzekeraars nog aan verplichte voorafgaande goedkeuring onderworpen waren. Dit is veranderd door middel van de VAG-Novelle 1994, met omzetting van Richtlijn 92/49/EEG en de afschaffing van de voorafgaande controle van verzekeringsvoorwaarden.<sup>662</sup> De nieuwe edities, de ARB 2007 en 2015, hebben daarom het karakter van door de branchevereniging (VVO) uitgevaardigde facultatieve modelvoorwaarden.

### 9.3.2 Maatregelen ter voorkoming van belangenconflicten

In Oostenrijk gold geen Spartenentrennung, zoals in Bondsrepubliek Duitsland. Wel waren er dwingende maatregelen van kracht ter voorkoming van belangenconflicten tussen verzekeraar en verzekerden. Enkel gespecialiseerde maatschappijen (destijds A.R.A.G en D.A.S) waren toegelaten tot het bedrijven van een motorrijtuigen rechtsbijstandverzekering met dekking voor dekkingsgeschillen met en verhaals-aanspraken op motorrijtuigenverzekeraars (aansprakelijkheids-, casco- en inzittendenverzekeringen). Zoals verderop in dit hoofdstuk nog nader te bespreken, ligt namelijk vooral bij (regelmatig voorkomende) verkeersschades een belangenconflict op de loer, wanneer een multibranche verzekeraar tegen zichzelf moet optreden als de wederpartij van zijn rechtsbijstandverzekerde bij hem een dergelijke motorrijtuigenverzekering bezit. Om dit risico van belangenconflicten uit te sluiten, bevatten de Sonderbedingungen een uitzondering waardoor de multibranche verzekeraars dit risico derhalve niet mochten dekken.<sup>663</sup>

Zoals hierna nog wordt besproken, kennen de voorwaarden Oostenrijkse rechtsbijstandverzekeraars een exclusief voorbehoud toe voor het treffen van een buitengerechterlijke regeling. Dit betekent dat verzekerden formeel gesproken niet meteen een recht hebben om eigen een advocaat in te schakelen, anders dan in Duitsland. Een dergelijke voorziening was uiteraard problematisch als de wederpartij ook een verzekering had bij dezelfde verzekeraar, waarbij alsdan een belangenconflict aan de dag zou treden. De ARB 1965 bevatte derhalve een mededelingsplicht voor de verzekeraar. Verzekerde was in een dergelijk geval wél gelijk gerechtigd om zijn advocaat te kiezen om te trachten het geschil buitengerechtelijk te regelen.<sup>664</sup>

660. Möller 1975, p. 167.

661. *Rechtsschutz in Europa* 1991-2, p. 2.

662. BGBl. 1994/509.

663. Werner 1985, p. 168. Werner beschrijft dat de multibranche verzekeraars zich niet met dit verbod konden verenigen omdat zij van mening waren dat de organisatorische scheiding tussen de aansprakelijkheidsbranche en rechtsbijstandbranche voldoende was gewaarborgd. De toezichtsautoriteiten hielden echter vast aan deze scheiding.

664. Möller 1975, p. 144; Werner 1985, p. 179.

Daarenboven bevatten de ARB 65 een zogenoemde Aufklärungspflicht – mededelingsplicht – inhoudende dat wanneer een wederpartij ter zake het geschil bij dezelfde (multibranche) verzekeraar voor aansprakelijkheidsrisico's verzekerd was, verzekerde niet gehouden was tot melding van het schadegeval tegenover de verzekeringsmaatschappij maar tegenover de door hem te kiezen advocaat. Het was bij doorgeven van de melding vervolgens aan de advocaat welke informatie hij deelde met de verzekeraar.<sup>665</sup>

Deze oude regeling van de ARB 1965 is niet meer van kracht in modernere voorwaarden. Reden daarvan is vermoedelijk dat met de implementatie van de maatregelen van Richtlijn 87/344/EEG afdoende waarborgen zijn getroffen tegen ongewenste informatieoverdracht.<sup>666</sup>

### 9.3.3 Wetgeving

Net als in Duitsland is de wettelijke regeling omtrent de rechtsbijstandverzekering zowel opgenomen in de toezichtwetgeving als in de materiële verzekeringsrechtwetgeving.<sup>667</sup> In Oostenrijk zijn de bepalingen van Richtlijn 87/344/EEG later geïmplementeerd omdat het pas later tot de EU toetrad (1995). Van belang zijn het Versicherungsaufsichtsgesetz en het Versicherungsvertragsgesetz.

In de VAG-Novelle 1992 is een bepaling § 12 ingevoegd in het Versicherungsaufsichtsgesetz met de voorgeschreven operationele maatregelen ten aanzien van belangenconflicten, de verzekeringsmaatschappij aangaande.<sup>668</sup> Aanvankelijk waren via deze Novelle alle drie de operationele maatregelen van artikel 3 lid 2 Richtlijn 87/344/EEG opengesteld voor de verzekeringsmaatschappij. Opmerkelijk is dat met de VAG-Novelle 1994 de derde modaliteit van de kostenverzekering – artikel 3 lid 2 onder c – weer is afgeschaft.<sup>669</sup> Hierna zal ik op de commentaren uit de literatuur op de definitief ingevoerde operationele maatregelen ingaan.

De materieelrechtelijke bepalingen zijn per 1 januari 1994 geïmplementeerd in het Versicherungsvertragsgesetz, met invoeging van een zevende titel 'Rechtsschutzversicherung'.<sup>670</sup> Achtereenvolgens zijn de volgende bepalingen opgenomen:

- § 158j: de verplichting voor de multibranche verzekeraar om in de polis apart de omvang van de dekking en de hoogte van de premie te vermelden; de verplichting om bij aanstelling van een schaderegelingskantoor, dit kantoor in de polis te vermelden.
- § 158k: vrije advocaatkeuzebepaling.
- § 158l: scheidsrechterlijke procedure.

665. Möller 1975, p. 145.

666. Kronsteiner 2014, § 158k.

667. Zie Kronsteiner VR 2003, p. 37.

668. BGBl 1992, 769.

669. BGBl 1994, 652; zie ook Kronsteiner VR 2003, p. 37.

670. BGBl 1993, 90.



- § 158m: voorziening waarmee de bepalingen § 158j tot en met § 158l eenzijdig dwingend zijn verklaard en niet ten nadele van verzekeringsnemer mag worden afgeweken.

#### 9.3.4 Prestatie van de rechtsbijstandverzekeraar

De definitie van de rechtsbijstandverzekering is in Oostenrijk opgenomen in de *Versicherungungsvertragsgesetz* (VersVG) – met de materieelrechtelijke verzekeringswetgeving – en luidt:

##### ‘§ 158j VersVG

(1) Bei der Rechtsschutzversicherung sorgt der Versicherer für die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen des Versicherungsnehmers in den im Vertrag umschriebenen Bereichen und trägt die dem Versicherungsnehmer dabei entstehenden Kosten. Wenn sich aus dem Vertrag nichts anderes ergibt, umfaßt die Versicherung sowohl die Wahrnehmung der Interessen in einem gerichtlichen oder sonstigen behördlichen Verfahren als auch außerhalb eines solchen.

(2) Werden Gefahren aus dem Bereich der Rechtsschutzversicherung neben anderen Gefahren versichert, so müssen im Versicherungsschein der Umfang der Deckung in der Rechtsschutzversicherung und die hierfür zu entrichtende Prämie gesondert ausgewiesen werden. Beauftragt der Versicherer mit der Schadenregulierung ein anderes Unternehmen (§ 12 Abs. 1 Z 2 des Versicherungsaufsichtsgesetzes), so ist dieses im Versicherungsschein zu bezeichnen.’

Deze bepaling oogt als een versmelting van de Nederlandse en Duitse definitie van de rechtsbijstandverzekering. Enerzijds is, gelijk aan de Duitse definitie van § 125 VVG, het leidende begrip de *Wahrnehmung der rechtliche Interessen*. Dit begrip is echter uitgebreider dan in het Duitse recht. In Duitsland is de rechtsbijstandverzekeraar immers aan de rechtshulpverlening onttrokken. In Oostenrijk is het de rechtsbijstandverzekeraar echter wel toegestaan om zelf juridische diensten te verlenen.<sup>671</sup> In zoverre heeft de definitie juist overeenkomsten met de Nederlandse definitie – nr. 17 van de Bijlage Branches van de Wft – waar de rechtsbijstandverzekering voorziet in de dienstverlening én het dragen van kosten.

Van belang is dat het de Oostenrijkse rechtsbijstandverzekeraar niet (vrijblijvend) enkel is toegestaan om zelf rechtshulp te verlenen. Dit gaat zelfs verder, in dier voege dat volgens de facultatieve standaardvoorwaarden ARB een voorwaarde in de vorm van een clausule van ‘Selbstregulierung’ is toegekend aan verzekeraars. Contractueel gezien *moet* verzekerde de rechtsbijstandverzekeraar toestaan om een *buitengerechtelijke* oplossing van het geschil te beproeven met de wederpartij, wanneer er sprake is van het verhaal van of verweer tegen civielrechtelijke aanspraken. Er is, anders gezegd, sprake van een ‘Obliegenheit’.

<sup>671</sup>. Kronsteiner 2014, § 158j, rn. 1-3.

Door de OGH is bevestigd dat dit recht van zelfregulering door rechtsbijstandverzekeraars mag worden gehandhaafd, in de zin dat het geen schending oplevert van het wettelijk geregelde monopolie van de advocatuur noch van de definitie van de rechtshulpverlening van § 158j VersVG.<sup>672</sup> Juist deze naar tijd en voorwaarden beperkte vorm van zelfregulering door de rechtsbijstandverzekeraar is kenmerkend voor de Oostenrijkse praktijk van rechtsbijstandverzekeraars.<sup>673</sup>

Van Selbstregulierung is sprake wanneer de rechtsbijstandverzekeraar met eigen medewerkers, schadebehandelaars van de rechtsbijstandafdeling, buitengerechtelijk een regeling van het geschil beproeven. Niet geheel duidelijk is of deze behandelaars verzekerde bijstaan als gemachtigde of dat zij meer als een soort van mediator optreden.<sup>674</sup> Daarentegen is het doel van de Selbstregulierung wél duidelijk.

In de eerste plaats kan de verzekeraar proberen om de zaak te regelen voordat externe kosten van rechtshulp moeten worden gemaakt omdat een advocaat bij het dossier wordt betrokken.<sup>675</sup>

In de tweede plaats is de poging van de rechtsbijstandverzekeraar om met bemiddelend optreden het geschil te beslechten ook een service voor verzekerden.<sup>676</sup> Het voorkomt daarmee onnodige procedures, net als de nog te bespreken toets van de haalbaarheid in het dossier van verzekerde (geschillenregeling). Deze mogelijkheid voor de rechtsbijstandverzekeraar om zelf naturadiensten te verlenen, ten behoeve van verzekerde en vooral ook zichzelf — ter beperking van kosten — is echter naar tijd en voorwaarden beperkt in de ARB:

#### **‘Artikel 8**

#### **Welche Pflichten hat der Versicherungsnehmer zur Sicherung seines Deckungsanspruches zu beachten? (Obliegenheiten)**

1. Verlangt der Versicherungsnehmer Versicherungsschutz, ist er verpflichtet,
  - 1.1. den Versicherer
    - 1.1.1. unverzüglich, vollständig und wahrheitsgemäß über die jeweilige Sachlage aufzuklären,
    - 1.1.2. ihm alle erforderlichen Unterlagen auf Verlangen vorzulegen und
    - 1.1.3. vor der Ergreifung von Maßnahmen zur Wahrnehmung rechtlicher Interessen die Bestätigung des Versicherungsschutzes (Artikel 9) durch den Versicherer einzuholen;

672. OGH 10 mei 2011, 4Ob 57/11b. Hartmann 2014, p. 381-382, is kritisch in dat verband. Hij verwijst naar Bauer in Harbauer, rechtsschutzversicherung, 8e druk, p. 38. Volgens Bauer wordt in Duitsland het gelijkluidende criterium van ‘wahrnehmung von der rechtlichen Interessen’ aldaar juist uitgelegd in de zin dat de verzekeraar ervoor zorgdraagt, maar niet zelf de belangen van verzekerde waarneemt.

673. Zie VersR 2011, afl. 6, p. 32. Zie evenwel Hartmann 2014, p. 372, die erop wijst dat de meeste verzekeraars reeds jaren geen gebruik meer maken van het recht tot zelfregulering.

674. Hartmann 2014, p. 372.

675. Hartmann 2014, p. 372; Kronsteiner 2014, § 158j, rn. 4.

676. Kronsteiner 2014, § 158j, rn. 4.

1.2. dem Versicherer die Beauftragung des Rechtsvertreters (Artikel 10) zu überlassen und dem Rechtsvertreter

- Vollmacht zu erteilen,
- ihn vollständig und wahrheitsgemäß über die jeweilige Sachlage zu unterrichten und
- ihm auf Verlangen alle erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen;

1.3. Kostenvorschreibungen, die ihm zugehen, vor ihrer Begleichung unverzüglich dem Versicherer zur Prüfung zu übermitteln;

1.4. alles zu vermeiden, was die Kosten unnötig erhöht oder die Kostenerstattung durch Dritte ganz oder teilweise verhindert;

1.5. bei der Geltendmachung oder Abwehr von zivilrechtlichen Ansprüchen außerdem

1.5.1. dem Versicherer vorerst die Möglichkeit einzuräumen, Ansprüche selbst innerhalb angemessener Frist außergerichtlich durchzusetzen oder abzuwehren;

1.5.2. vor der gerichtlichen Geltendmachung oder Abwehr von Ansprüchen und vor der Anfechtung einer gerichtlichen Entscheidung die Stellungnahme des Versicherers zur Notwendigkeit der Maßnahmen (Artikel 6.3), einzuholen; der Abschluss von Vergleichen ist mit dem Versicherer abzustimmen;

1.5.3. soweit seine Interessen nicht unbillig, insbesondere durch drohende Verjährung beeinträchtigt werden,

- vor der gerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen die Rechtskraft eines Strafverfahrens oder eines anderen Verfahrens, insbesondere eines Musterverfahrens, abzuwarten, das tatsächliche oder rechtliche Bedeutung für den beabsichtigten Rechtsstreit haben kann, oder

- vorerst nur einen Teil der Ansprüche geltend zu machen und die Geltendmachung der verbleibenden Ansprüche bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Teilanspruch zurückzustellen.

2. Für den Fall, dass der Versicherungsnehmer eine dieser Obliegenheiten verletzt, wird Leistungsfreiheit vereinbart. Die Voraussetzungen und Begrenzungen der Leistungsfreiheit sind gesetzlich geregelt (siehe § 6 Abs. 3 VersVG im Anhang).

3. Neben diesen allgemeinen Obliegenheiten sind in Artikel 13 weitere und in den Besonderen Bestimmungen spezielle Obliegenheiten geregelt (Artikel 17, 18 und 19).<sup>677</sup>

Dit recht van zelfregulering is derhalve duidelijk een middel voor de rechtsbijstandverzekeraar om de kosten van de verzekering te beteugelen. Tegelijkertijd met dit recht van zelfregulering is de rechtsbijstandverzekeraar gehouden behoedzaam om te gaan met het aan het niet gunnen van de termijn voor zelfregulering verbinden van consequenties. Anders gezegd, schending van deze Obliegenheit leidt ook in Oostenrijk niet zonder meer tot verval-van-recht. Dit ligt ook besloten in de tweeledige definitie van de rechtsbijstandverzekeraar: het verlenen van diensten

<sup>677</sup>. Artikel 8 ARB 2015.

én het dragen van kosten van rechtshulp. Deze kostenverplichting van de rechtsbijstandverzekeraar kan kennelijk niet zonder meer worden genegeerd.

Hier is tegelijkertijd een onderscheid met het Duitse stelsel te ontwaren en neigt het Oostenrijkse systeem meer naar het Nederlandse. In Duitsland bestaat geen verplichting in de vorm van een Obliegenheit van de verzekerde om de verzekeraar de advocaat namens hem te laten inschakelen.<sup>678</sup> Echter, dit laat onverlet dat — zoals hiervoor besproken — de Duitse rechtsbijstandverzekeraar wel netwerkadvocaten oftewel ‘Vertragsanwalten’ kan inschakelen in de buitengerechtelijke fase tegen tarieven beneden het de wettelijke minimumhonoraria. Zo bezien, is niet ondenkbaar dat ook in Duitsland een dergelijke Obliegenheit met exclusieve machtiging van de rechtsbijstandverzekeraar om de — al dan niet door verzekerde gekozen — advocaat in te schakelen meerwaarde heeft.

Een dergelijke Obliegenheit ten behoeve van de rechtsbijstandverzekeraar om tot een buitengerechtelijke regeling te komen en de exclusieve machtiging om de rechtsbijstandverzekeraar de advocaat opdracht te verstrekken, gaat zoals gezegd — net als in de Nederlandse praktijk — uiteraard gepaard met een sanctie. Deze sanctie volgt uit § 6 VersVG, het algemene verzekeringsrecht, omtrent het inroepen van Obliegenheiten en daaraan door de verzekeraar te stellen sancties.<sup>679</sup> Begrijpelijkwijze is de sanctie niet algeheel verval van de verzekeringsaanspraak maar navenante vermindering van de omvang van de prestatie van de verzekeraar (verrekening van de schade). Dit stemt overeen met Nederlands recht, artikel 7:941 lid 3 BW, waar de verzekeraar de uitkering kan verminderen met de schade die hij ten gevolge van de schade heeft geleden.

Het recht van zelfregulering in Oostenrijk is echter niet onomstreden. Hartmann voert daartoe een aantal argumenten aan.<sup>680</sup> In de eerste plaats bekritiseert hij dat de tussenkomst bij de rechtsbijstandverzekeraar *in het beste geval* geschiedt door een jurist die enkel een afgeronde opleiding rechten heeft, zonder verdere vakinhoudelijke kennis.

In de tweede plaats wijst Hartmann op *oneigenlijke* belangenconflict dat — per definitie — bestaat tussen verzekeraar en verzekerde waar de verzekeraar de te maken kosten wil beperken. Hij wijst daarbij op de Duitse situatie waarin het de rechtsbijstandverzekeraar verboden is om bijstand te verlenen.<sup>681</sup> Karauscheck is daarentegen

678. Zie ook Hartmann 2014, p. 370, noot 16.

679. Hartmann stelt terecht dat het schenden van de Obliegenheit tot het de verzekeraar gunnen van een mogelijkheid om buitengerechtelijk voor verzekerde een regeling te beproeven tot een ‘Schadenminderungsobliegenheit’ leidt, in de zin dat een schending van de verplichting niet werkt op niveau van het veroorzaken van het schade-evenement. Causaal verband tussen deze schending en het schade-evenement zelf, waarvoor verzekerde bijstand verzoekt, ontbreekt per definitie. Het schade-evenement noodzaakt immers eerst tot het verlangen van rechtshulp, waarbij als verzekerde verzekeraar daarbij aanvankelijk passeert — door gelijk naar een advocaat te gaan — niet kan worden gesteld dat verzekerde heeft bijgedragen aan het intreden van het schadegeval. De geclausuleerde mogelijkheid van Selbstregulierung ziet erop de schade oftewel kosten — in de vorm van advocaat-, gerechts- en overige bijkomende kosten — van de verzekeraar te verminderen. Zie Hartmann 2014, p. 368-369.

680. Hartmann 2014, p. 372-373.

681. Hartmann wijst er voorts op dat er een wezenlijk onderscheid is met de aansprakelijkheidsverzekeraar die optreedt voor verzekerde, aangezien alsdan de belangen van verzekerde en verzekeraar parallel lopen: de verzekeraar is er dan ook veel aan gelegen om in het geschil van verzekerde de

positief over het recht van Selbstregulierung, zulks vanuit het oogpunt van conflict-vermijding en beperking van de kosten van de rechtsbijstandverzekering (schadevermindering).

Hier gaat de vergelijking op tussen het actieve schademanagement, zoals dat door Duitse rechtsbijstandverzekeraars wordt toegepast. In paragraaf 9.2.8. besprak ik immers dat juist kritiek wordt uitgeoefend op de moderne vorm van 'shuttle-mediation' in Duitsland, waarbij door de rechtsbijstandverzekeraar gekozen bureaus een bemiddelingspoging ondernemen, in andere zin dan de traditionele vorm van mediation. Het inhoudelijke onderscheid tussen de vormen van tussenkomst door verzekeraar zelf of krachtens de verzekeraar is allicht niet zo scherp als het doet voorkomen. Het werkelijke onderscheid tussen het Duitse en Oostenrijkse stelsel zit hem er eerder in dat in Duitsland mediation facultatief is voor verzekerde maar in Oostenrijk met het recht van Selbstregulierung een Obliegenheit voor verzekerden is geschapen, hetgeen dus een verplichting voor verzekerden is. In dit verband neigt het Oostenrijkse stelsel derhalve meer naar het Nederlandse, met een exclusief terrein van buitengerechtelijke rechtshulp voor de rechtsbijstandverzekeraar, zulks binnen de grenzen van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG. In Oostenrijk is dit recht evenwel naar tijd gebonden.

Voorts behoort het tot de taak van de verzekeraar om de dekking en haalbaarheid te beoordelen ter zake het geschil van verzekerde (artikel 9 ARB 2015). Ik wijd hier ten aanzien van de prestatie van de verzekeraar nog uit over het beoordelen van de haalbaarheid.

Gelijk als in Duitsland mag de rechtsbijstandverzekeraar bij de haalbaarheidstoets slechts marginaal toetsen, in die zin dat zij niet aan de bewijswaardering van het beschikbaar gestelde bewijs mag wagen en op grond van de uitkomst van die waardering mag afwijzen.<sup>682</sup> Een anticipatie op de bewijswaardering vindt derhalve niet plaats, maar — aan de andere kant — de verzekeraar kan tijdens het zaaksverloop (die veelal in handen is van een advocaat) wel telkens de haalbaarheid opnieuw toetsen.<sup>683</sup> Eveneens als in Duitsland wordt de maatstaf voor de haalbaarheid van het geschil gevormd de toets in gefinancierde rechtshulpzaken (§ 63 ZPO), met het criterium of de procesvoering 'offenbar aussichtlos' is. Dit is in het bijzonder het geval als verzekerde in rechte niet-ontvankelijk zal zijn met zijn klacht of als het in de zaak ontbreekt aan bewijs.

De facultatieve polisvoorwaarden ARB 2015 bevatten in dat verband in artikel 9 lid 2 een getrapte regeling. Stelt de rechtsbijstandverzekeraar vast dat er toereikende kans op succes bestaat in een procedure, dan dient hij te bevestigen dat hij in overeenstemming met artikel 6 ARB 2015 de kosten in dat verband vergoedt. Ligt het verliezen van de procedure meer voor de hand dan winst, is de rechtsbijstand-

---

aansprakelijkheid te betwisten. Komt de aansprakelijkheid van verzekerde vast te staan, dan is de aansprakelijkheidsverzekeraar — uitgaande van het bestaan van polisdekking — immers tot uitkering gehouden. Zie Hartmann 2014, p. 373.

682. OGH 28 juni 1995, 7 Ob 13/95, met daarin verwijzing naar de Duitse rechtsleer: *VersR* 1987, 1186; *Pröls/Martin VVG* 25, 1687. Zie ook Hartmann 2014, p. 398-401.

683. Zie OGH 8 juli 2009, 7 Ob 236/08; *Kronsteiner* 2014, § 158l, rn. 6.

verzekeraar gerechtigd om vergoeding van de kosten van tegenpartij, voortvloeiend uit een verlies in de procedure, op voorhand af te wijzen. Een dienovereenkomstige regeling en sanctie ontbreekt in de Duitse ARB. Ten slotte, als er ‘erfahrungsgemäß’ geen uitzicht op succes bestaat, mag de verzekeraar het vergoeden van kosten onder de rechtsbijstandverzekering in het voorliggende geschil algeheel afwijzen.<sup>684</sup>

Ten slotte kan net als in Duitsland de rechtsbijstandverzekeraar een rechtshulpverzoek afwijzen op de grond dat er sprake is van ‘Mutwilligkeit’ (artikel 6 lid 3 ARB 2015). Veel rechtspraak over dit criterium lijkt er niet te bestaan. Hartmann verwijst naar Duitse literatuur en derhalve lijkt het begrip overeenkomstig als in Duitsland zodanig te worden uitgelegd dat er sprake is van een grote wanverhouding tussen de kosten van de te leveren rechtshulp en het na te streven resultaat.<sup>685</sup> Verwezen zij naar de toelichting hiervoor gegeven in paragraaf 9.2.4.

§ 1581 en artikel 9 ARB 2015 voorzien overeenkomstig artikel 6 Richtlijn 87/344/EEG in de instelling van een scheidsgerecht voor meningsverschillen tussen verzekeringsnemer en verzekeraar. Bij gehele of gedeeltelijke afwijzing door de rechtsbijstandverzekeraar vanwege de hiervoor besproken onvoldoende haalbaarheid voor het standpunt van verzekerde in zijn geschil én bij meningsverschillen over de overige aanpak van verzekeraar voor de regeling van het geschil maakt verzekerde aanspraak op de geschillenregeling.<sup>686</sup> De verzekeraar dient verzekerde schriftelijk op de geschillenregeling te wijzen bij gehele of gedeeltelijke weigering van rechtshulp, op straffe van verval rechten ter zake deze afwijzing (artikel 9 lid 3 ARB 2015).

De werking van dit scheidsgerecht conform de ARB verschilt van de Nederlandse in de verzekeringsvoorwaarden gebruikelijke procedure — van aanwijzing van een advocaat door verzekerde die een bindend advies geeft.<sup>687</sup> De procedure wijkt ook af van de Duitse, waarbij eveneens een advocaat wordt benoemd voor een bindend advies bij een zogenoemd Stichentschiedverfahren of Schiedgutachterverfahren.<sup>688</sup> In de Oostenrijkse geschillenregeling wordt door verzekeraar en verzekerde ieder een eigen advocaat gekozen en benoemd voor het uitbrengen van een advies (artikel 9 lid 5 ARB 2015).<sup>689</sup> De regeling is geënt op § 1581 en § 64 VersVG.

Wanneer de door verzekeraar respectievelijk door verzekerde gekozen advocaten een eensluidend oordeel hebben over de haalbaarheid in het geschil van verzekerde zijn partijen daaraan gebonden, tenzij dit oordeel aanmerkelijk afwijkt van de werkelijke situatie. In dat geval kunnen zowel verzekeringsnemer als verzekeraar dit oordeel in rechte aanvechten.

684. Zie OGH 28 juni 1995, 7 Ob 13/95. Hartmann 2014, p. 401-403.

685. Hartmann 2014, p. 274-274; zie ook Friedl 1994, p. 131-132.

686. Meningsverschillen over de verzekeringsdekking vallen buiten de geschillenregeling, zie Kronsteiner 2014, § 1581, rn. 5.

687. Paragraaf 9.2.4.

688. Zie paragraaf 9.2.4. hiervoor.

689. Kronsteiner 2014.

Komen deze beide advocaten echter niet binnen de voorgeschreven termijn tot een eensluidend oordeel, dan kan verzekerde eveneens in rechte het standpunt van de verzekeraar aanvechten.

### 9.3.5 Inrichting van de schaderegeling bij de rechtsbijstandverzekeraar

In de VAG-Novelle 1992 is een bepaling § 12 ingevoegd in de Versicherungsaufsichtsgesetz met de voorgeschreven operationele maatregelen ten aanzien van belangenconflicten, de verzekeringsmaatschappij aangaande.<sup>690</sup> Aanvankelijk waren via deze Novelle alle drie de operationele maatregelen van artikel 3 lid 2 Richtlijn 87/344/EEG opengesteld voor de verzekeringsmaatschappij. Opmerkelijk is dat met de VAG-Novelle 1994 de derde modaliteit van de kostenverzekering — artikel 3 lid 2 onder c — weer is afgeschaft.<sup>691</sup> Hierna zal ik op de commentaren uit de literatuur op de ingevoerde operationele maatregelen ingaan.

In de Oostenrijkse wetgeving, § 12 VAG, zijn derhalve twee modellen van schaderegeling in de rechtsbijstandverzekering toegelaten: gescheiden beheer en de uitbesteding aan een schaderegelingskantoor. Deze komen derhalve overeen met artikel 3 lid 2 sub a en b Richtlijn 87/344/EEG. De derde volgens de richtlijn toegelaten mogelijkheid, werd aanvankelijk voorgesteld maar laten weer ingetrokken met VAG-novelle 1994.<sup>692</sup> Sindsdien luidt artikel 12 VAG als volgt:

#### ‘§ 12 VAG Rechtsschutzversicherung

(1) Ein Versicherungsunternehmen, das auf Grund einer gemäß § 4 Abs. 1 erteilten Konzession die Rechtsschutzversicherung (Z 17 der Anlage A zu diesem Bundesgesetz) betreibt, muss

1. sicherstellen, daß die mit der Schadenregulierung in diesem Versicherungszweig befaßten Personen nicht eine gleiche oder ähnliche Tätigkeit in einem anderen von diesem Unternehmen betriebenen Versicherungszweig oder für ein anderes, mit diesem Unternehmen gemäß § 228 Abs. 3 HGB verbundenes Unternehmen ausüben, oder

2. die Schadenregulierung in diesem Versicherungszweig auf ein anderes Unternehmen übertragen.

(2) Die Geschäftsleiter des Unternehmens, auf das die Schadenregulierung gemäß Abs. 1 Z 2 übertragen wird, müssen im Sinn des § 4 Abs. 6 Z 1 geeignet sein. Die in diesem Unternehmen mit der Schadenregulierung befaßten Personen dürfen nicht eine gleiche oder ähnliche Tätigkeit für ein mit diesem Unternehmen gemäß § 228 Abs. 3 HGB verbundenes Unternehmen ausüben.

690. BGBl 1992, 769.

691. BGBl 1994, 652.

692. BGBl 1994, 652.

(3) Abs. 1 gilt nicht für Risiken, die sich auf Streitigkeiten oder Ansprüche beziehen, die aus dem Einsatz von Schiffen auf See entstehen oder mit deren Einsatz verbunden sind.'

Anders dan in de Nederlandse en Duitse wetgeving wordt hier geen onderscheid gemaakt tussen gespecialiseerde en multibranche verzekeraars. Beide hebben de mogelijkheid om te kiezen tussen de twee toegelaten maatregelen: geschieden beheer en uitbesteding aan een schaderegelingskantoor.

De eerste maatregel van § 12 lid 1 VAG behelst het gescheiden beheer voor de multibranche verzekeraar of gespecialiseerde verzekeraar. Overeenkomstig artikel 3 lid 2 onder a Richtlijn 87/344/EEG mogen de medewerkers die zich bezighouden met schaderegeling niet ook dezelfde of vergelijkbare werkzaamheden uitvoeren voor een andere verzekeringsbranche die de verzekeraar tevens voert. De maatregel is voor de gespecialiseerde verzekeraar van toepassing als deze in concernverband staat met een andere verzekeringsonderneming. Alsdan dient de verzekeraar ervoor te zorgen dat de schaderegelaar niet ook dezelfde of vergelijkbare werkzaamheden uitvoeren voor de gelieerde onderneming. Hoewel dit artikel dit niet ondubbelzinnig vermeldt, moet het ervoor worden gehouden dat dit verbod ziet op dezelfde of vergelijkbare werkzaamheden in een gelieerde *verzekeringsmaatschappij* die ook *andere branches voert als bedoeld in bijlage A bij Richtlijn 73/239/EEG*. Deze aanvulling is immers onmiskenbaar overgenomen uit artikel 3 lid 2 onder a Richtlijn 87/344/EEG en ziet dienovereenkomstig op de gevaren van belangenconflicten die de verzekeringsmaatschappij zelf overstegen, gezien het concernverband met andere verzekeringsmaatschappijen.<sup>693</sup>

Voorts is als tweede maatregel in dit artikel de uitbesteding aan een schaderegelingskantoor geregeld. Een duiding van wat voor soort onderneming daarvoor kwalificeert ontbreekt, behalve een verbod over de cumulatie van werkzaamheden voor deze onderneming met die voor een gelieerde onderneming binnen een concern. De bepaling bevat geen verbod voor leidinggevenden om niet tegelijkertijd eenzelfde of soortgelijke werkzaamheid uit te voeren voor een andere schadeverzekeraar.<sup>694</sup> Oostenrijk heeft derhalve geen gebruikgemaakt van deze optie van artikel 3 lid 2 sub b Richtlijn 87/344/EEG. Wel geldt uiteraard het voorgeschreven verbod ter zake schaderegelingspersoneel om tegelijkertijd dezelfde werkzaamheden uit te voeren voor een andere onderneming waarmee het schaderegelingskantoor banden heeft.<sup>695</sup> Ook hier wordt melding gemaakt van een verbod in gevolge waarvan de schaderegelaar niet terzelfder tijd dezelfde of soortgelijke werkzaamheden mag uitvoeren in een gelieerde onderneming in concernverband met dit schaderegelingskantoor. Hier dient mijns inziens ook te worden ingelezen dat dit verbod ziet op dezelfde of soortgelijke werkzaamheden ten aanzien van een gelieerde *verzekeringsmaatschappij* die een of meer andere branches als bedoeld in Bijlage A bij Richtlijn 73/239/EEG voert.

693. Zie Fenyves 1994, p. 102. Vergelijk ook Kronsteiner 1994, p. 7.

694. Zie ook Kronsteiner 1994, p. 6; Fenyves 1994, p. 103.

695. Idem Kronsteiner 1994, p. 6, voor een uiteenzetting van de implicaties van dit verbod.



Hoewel deze maatregel in Oostenrijk niet (meer) van toepassing is, maak ik nog enkele opmerkingen over de uitbesteding aan een vrijelijk door verzekerde gekozen advocaat als maatregel in de schaderegeling ('de kostenverzekering'). Aanvankelijk werd de maatregel immers wel bij wetsvoorstel voorgesteld.

Kronsteiner en Fenyves hebben in de literatuur in 1994, ten tijde van de invoering van de maatregelen ten aanzien van rechtsbijstand, gewezen op een aantal discussiepunten rondom de vrije advocaatkeuze als schaderegelingsmaatregel.<sup>696</sup> Zij betogen dat deze oplossing meer problematisch is dan de andere twee en dat uit de redactie van artikel 3 lid 2 onder c Richtlijn 87/344/EEG niet eenduidig volgt of de dekkingsbeoordeling en toetsing van de haalbaarheid van verzekerde zijn standpunt in zijn geschil bij de verzekeraar of de advocaat moet liggen. Beiden komen daarbij tot de conclusie dat deze bij de verzekeraar behoort te liggen (van een zuivere kostenverzekering is volgens hen geen sprake).<sup>697</sup> Wellicht hebben de aandachtspunten die de beide auteurs hebben aangestipt geleid tot het intrekken van de derde organisatorische maatregel, van het recht van vrije advocaatkeuze conform artikel 3 lid 2 onder c Richtlijn 87/344/EEG.

### 9.3.6 Vrije advocaatkeuze

Het recht van vrije advocaatkeuze is geregeld in § 158k van de VersVG. Een corresponderende bepaling is vervat in artikel 10 van de ARB 2015. De wettelijke bepaling § 158 VVG luidt:

#### § 158k VersVG

(1) Der Versicherungsnehmer ist berechtigt, zu seiner Vertretung in einem Gerichts- oder Verwaltungsverfahren eine zur berufsmäßigen Parteienvertretung befugte Person frei zu wählen. Darüber hinaus kann der Versicherungsnehmer zur sonstigen Wahrnehmung seiner rechtlichen Interessen einen Rechtsanwalt frei wählen, wenn beim Versicherer eine Interessenkollision entstanden ist.

(2) Im Versicherungsvertrag kann vereinbart werden, daß der Versicherungsnehmer zu seiner Vertretung in einem Gerichts- oder Verwaltungsverfahren nur solche zur berufsmäßigen Parteienvertretung befugte Personen wählen darf, die ihren Kanzleisitz am Ort der Gerichts- oder Verwaltungsbehörde haben, die für das durchzuführende Verfahren in erster Instanz zuständig ist. Für den Fall, daß an diesem Ort nicht mindestens

696. Kronsteiner 1994, p. 36 e.v.; Fenyves 1994, p. 97 e.v.

697. Idem Kronsteiner 1994, p. 36 e.v.; Fenyves 1994, p. 97 e.v.; Kronsteiner concludeert daarbij dat de verzekeraar bij de optie van artikel 3 lid 2 onder c Richtlijn 87/344/EEG ook dient in te staan voor de advocaatkosten die ontstaan bij het geldend maken van dekkingsaanspraak jegens de verzekeraar, het toetsen van de beslissingen van de verzekeraar, het adviseren van de verzekerde en bij het corresponderen met verzekerde. Fenyves daarentegen stelt – mijns inziens terecht – dat de kosten van het geldend maken van dekkingsaanspraken voor rekening van verzekerde blijven aangezien verzekerde pas zijn recht op vrije advocaatkeuze op de voet van artikel 3 lid 2 onder c geldend kan maken als verzekeraar dekking bevestigd heeft en positief heeft geconcludeerd over de haalbaarheid, of wanneer anderszins hieromtrent een sluitend oordeel is gevormd.

vier solcher Personen ihren Kanzleisitz haben, muß sich das Wahlrecht auf Personen im Sprengel desjenigen Gerichtshofs erster Instanz erstrecken, in dem sich die genannte Behörde befindet.

(3) Auf das dem Versicherungsnehmer nach Abs. 1 erster Satz zustehende Recht ist hinzuweisen, wenn der Versicherungsnehmer die Beistellung eines Rechtsvertreters für ein Gerichts- oder Verwaltungsverfahren verlangt; auf das nach Abs. 1 zweiter Satz zustehende Recht ist bei Eintritt einer Interessenkollision hinzuweisen. Hat der Versicherer mit der Schadenregulierung ein anderes Unternehmen betraut (§ 158j zweiter Satz), so treffen die Hinweispflichten dieses Unternehmen.'

De standaardregeling van artikel 10 van de ARB 2015 luidt in aansluiting op deze wettelijke bepaling:

#### 'Artikel 10

Wer wählt den Rechtsvertreter aus, durch wen und wann wird dieser beauftragt und was hat bei Vorliegen einer Interessenkollision zu geschehen?

1. Der Versicherungsnehmer ist berechtigt, zu seiner Vertretung vor Gerichten oder Verwaltungsbehörden, eine zur berufsmäßigen Parteienvertretung befugte Person (Rechtsanwalt, Notar etc.) frei zu wählen. Der Versicherer ist verpflichtet, den Versicherungsnehmer auf sein Wahlrecht hinzuweisen, sobald dieser Versicherungsschutz für die Einleitung eines Gerichts- oder Verwaltungsverfahrens verlangt.

2. Darüber hinaus kann der Versicherungsnehmer zur sonstigen Wahrnehmung seiner rechtlichen Interessen einen Rechtsanwalt frei wählen, wenn beim Versicherer eine Interessenkollision entstanden ist.

Eine Interessenkollision liegt vor,

– wenn der Versicherungsnehmer aufgrund desselben Ereignisses Ansprüche aus verschiedenen Versicherungsverträgen bei demselben Versicherer geltend macht und das Rechtsschutz-Interesse des Versicherungsnehmers im Gegensatz zum wirtschaftlichen Interesse des Versicherers in einem anderen Versicherungszweig steht oder;

– wenn in einer Zivilsache ein Gegner auftritt, dem der Versicherer aufgrund eines anderen Versicherungsvertrages für dasselbe Ereignis den Versicherungsschutz bestätigt hat.

Tritt eine Interessenkollision ein, hat der Versicherer dem Versicherungsnehmer von diesem Sachverhalt unverzüglich Mitteilung zu machen und ihn auf sein Wahlrecht hinzuweisen.

## 3. entfällt

## 4. Der Versicherer ist berechtigt, einen Rechtsvertreter auszuwählen,

4.1. wenn die versicherte außergerichtliche Wahrnehmung rechtlicher Interessen nicht durch den Versicherer selbst vorgenommen wird;

4.2. in Fällen des Beratungs-Rechtsschutzes;

4.3. wenn innerhalb von einem Monat vom Versicherungsnehmer kein Rechtsvertreter namhaft gemacht wird, nachdem ihn der Versicherer auf sein Wahlrecht und die Folgen des Fristablaufes hingewiesen hat.

5. Der Versicherer ist verpflichtet, einen Rechtsvertreter auszuwählen, wenn der Versicherungsnehmer bei der Geltendmachung seines Deckungsanspruches keinen Rechtsvertreter namhaft macht und die sofortige Beauftragung eines Rechtsvertreters zur Wahrung der rechtlichen Interessen erforderlich ist.

6. Die Beauftragung des Rechtsvertreters erfolgt durch den Versicherer im Namen und im Auftrag des Versicherungsnehmers

6.1. im Strafverfahren, Verfahren wegen Entziehung der Lenkerberechtigung, bei Inanspruchnahme des Beratungs-Rechtsschutzes und bei Vorliegen einer Interessenkollision sofort;

6.2. in allen anderen Fällen nach Scheitern seiner außergerichtlichen Bemühungen (Artikel 8.1.5.).

7. Der Rechtsvertreter trägt dem Versicherungsnehmer gegenüber unmittelbar die Verantwortung für die Durchführung seines Auftrages. Eine diesbezügliche Haftung des Versicherers besteht nicht. Der Versicherer haftet aber für ein allfälliges Verschulden bei der Auswahl eines Rechtsvertreters.'

Artikel 10 ARB 2015 dient daarbij voorts in samenhang te worden gelezen met artikel 6 lid 6 ARB 2015, dat een nadere inperking geeft ten aanzien van de kosten van door verzekerde vrijelijk gekozen advocaten. Deze beperking is bevestigd in het arrest *Stark* van het HvJ EU, zoals verderop nog wordt toegelicht ten aanzien de omvang van de vrije advocaatkeuze in Oostenrijk. Artikel 6 lid 6 ARB 2015 luidt, voor zover hier relevant:

'Artikel 6

(...)

6. Der Versicherer zahlt

6.1. die angemessenen Kosten des für den Versicherungsnehmer tätigen Rechtsanwaltes bis zur Höhe des Rechtsanwaltsarifgesetzes oder, sofern dort die Entlohnung für anwaltliche Leistungen nicht geregelt ist, bis zur Höhe der Allgemeinen Honorarkriterien;

In gerichtlichen Verfahren werden Nebenleistungen des Rechtsanwaltes max. in Höhe des nach dem jeweiligen Tarif zulässigen Einheitssatzes eines am Ort des in 1. Instanz zuständigen Gerichtes ansässigen Rechtsanwaltes gezahlt. Haben am Ort dieses Gerichtes nicht mindestens ... Rechtsanwälte ihren Kanzleisitz, übernimmt der Versicherer die tariflich vorgesehenen Mehrkosten aus der Sprengelfremdheit. Diese Bestimmungen sind sinngemäß auch auf die Vertretung vor Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten anzuwenden.

Wird anstelle des Rechtsanwaltes eine andere zur berufsmäßigen Parteienvertretung befugte Person tätig, werden deren Kosten nach den für sie geltenden Richtlinien, max. jedoch bis zur Höhe des Rechtsanwaltsarifgesetzes übernommen. Im Ausland werden die angemessenen Kosten einer zur berufsmäßigen Parteienvertretung befugten Person nach den dort geltenden Richtlinien übernommen.

(...)'

In de bepaling ligt een territoriale beperking besloten, niet wat betreft het bereik van de keuzevrijheid van verzekerde maar ten aanzien van de omvang van de door verzekeraar te vergoeden kosten van de door verzekerde gekozen advocaat. Verzekerde wordt dus niet in zijn keuzevrijheid beperkt, aangezien hij kan besluiten om de meerkosten van een gekozen advocaat buiten de aangewezen kring advocaten zelf te dragen.

Het recht van vrije advocaatkeuze was aanvankelijk in de ARB, voor implementatie van Richtlijn 87/344/EEG, niet eenduidig geregeld.<sup>698</sup> Aanvankelijk bevatten de ARB 59 een regeling waarbij verzekerde een voorstel kon doen voor een in te schakelen advocaat, bij gebreke waarvan de verzekeraar de advocaat voor de dossierbehandeling koos. In de daarop volgende uitbreiding van dekking met invoering van de Sonderbedingungen ten tijde van de ARB 65 werd voor deze nieuwe verzekeringsvormen voorzien in de keuzemogelijkheid voor de verzekeraar, namelijk bij: juridisch advies en rechtshulp bij algemene contractenrecht, onroerend goed & huurrecht en ten slotte erfrecht en familierecht. De gedachte achter het leggen van de keuzemogelijkheid bij verzekeraar in plaats van bij verzekerde was dat in laatstgenoemde (modernere) vormen van verzekeringsdekking meer potestatief – afhankelijk van de wil van verzekerde – is, in tegenstelling tot de klassieke vormen van rechtsbijstandverzekering die gekoppeld zijn aan een (verkeers)ongeval met derden, en derhalve meer buiten de bewuste invloedssfeer van een verzekerde liggen. Als tegenwicht van de hogere schadefrequentie en hogere kosten bij deze modernere rechtsbijstandverzekeringsvormen werd de keuzemogelijkheid voor de advocaat

698. Kronsteiner 2014, § 158k, rn. 1-3.

derhalve bij verzekeraar gelegd, zulks om de kosten in te dammen.<sup>699</sup> De OGH bekrachtigde deze praktijk waarin de rechtsbijstandverzekeraar zich het keuzerecht voorbehield.<sup>700</sup>

De ARB 88 kenden grotendeels overeenkomstige mogelijkheden van vrije advocaatkeuze.<sup>701</sup> Een wezenlijke verandering was echter dat de ARB 88 voorzagen in een keuzemogelijkheid voor de verzekerde tussen enerzijds voornoemde scala van keuzevrijheden en anderzijds de mogelijkheid om tegen een bepaald eigen risico een advocaatkeuzevrijheid ‘af te kopen’ (artikel 10.2.2 ARB 88).

Vanaf 1994 geldt de eenzijdig dwingendrechtelijke regeling van § 158k VerVG. De regeling van lid 1 van de bepaling sluit nauw aan bij de uitleg van Richtlijn 87/344/EEG van het HvJ EU in het arrest *Sneller*. Het verschaft verzekerde het vrije keuzerecht van een advocaat of een andere bevoegde rechtshulpverlener voor zijn belangenbehartiging in gerechtelijke en administratieve procedures en daarnaast voor het geval er zich bij de verzekeraar een belangenconflict voordoet.<sup>702</sup> De bepaling strookt met het Selbstregulierungsrecht in de buitengerechtelijke fase dat in Oostenrijkse ARB is voorbehouden voor rechtsbijstandverzekeraars.<sup>703</sup> In Oostenrijk ontbreekt aldus een wettelijk recht van vrije advocaatkeuze in de buitengerechtelijke fase, behoudens in geval van een belangenconflict. Wanneer zich een belangenconflict voordoet, is het keuzebereik van verzekerden op grond van de standaardverzekeringsvoorwaarden ERB evenwel beperkt tot advocaten.<sup>704</sup>

De bepaling van § 158k lid 2 VersVG geeft een uitzondering op de voornoemde hoofdregel ten aanzien van gerechtelijke en administratieve procedures, om de externe kosten van verzekeraar te drukken. In de verzekeringsovereenkomst kan de keuzevrijheid worden ingeperkt, in die zin dat verzekerde slechts bevoegde rechtshulpverleners mag kiezen die hun zetel hebben in de plaats van het gerecht of bestuursorgaan van de procedure in eerste aanleg. De eenmaal gekozen rechtshulpverlener blijft ook bij rechtsbijstand in overige instanties bevoegd.<sup>705</sup> De genoemde beperking lijdt weer uitzondering als in deze plaats niet tenminste vier rechtshulpverleners hun zetel hebben. In dat geval breidt dit gebied van relatieve competentie uit tot het gebied van het eerste gerechtshof waarin dit gerecht of bestuursorgaan is gesitueerd. Schauer pleit ervoor om bij in een kantoor samenwer-

699. Kronsteiner 2014, § 158k, rn. 2.

700. OGH 7 november 1974, 7 Ob 201/74, de OGH oordeelde daarbij dat het in strijd van de Sonderbedingungen inschakelen van een zelf gekozen advocaat niet leidde tot de toepassing van een risico-uitsluiting maar leidde tot een Obiegenheitsverletzung. Vanuit de advocatuur werd deze toedeling van de keuzevrijheid aan de verzekeraar bekritiseerd: *König ÖJZ* 1977, 387; *AnwBl* 1978, 425.

701. Kronsteiner 2014, § 158k, rn. 3.

702. Zie Kronsteiner 2014, § 158k, rn. 5 over andere specifieke belangenbehartigers met positieve bij wet toegekende kwalificaties buiten de advocaat.

703. Zie echter Pichler 2008, p. 202, die reeds een vrije advocaatkeuzerecht op grond van § 158k lid 1 VersVG betoogt vanaf het moment dat verzekerde zijn juridische zienswijze door de tegenpartij wordt betwist of een betwisting te verwachten is, waarmee een gerechtelijke of administratieve procedure – op termijn – waarschijnlijk wordt. Klaarblijkelijk wordt met deze lezing de tekst van § 158k lid 1 VersVG en, gezien de samenhang, artikel 4 lid 1 Richtlijn 87/344/EEG gedenatureerd, reden waarom ervan niet dient te worden uitgegaan. Aldus in andere zin: Kronsteiner in *VersR* 1994, p. 12 en *VersR* 2003, p. 36-37; Hartmann 2014, p. 409.

704. Kronsteiner 2014, § 158k, rn. 6.

705. Kronsteiner 2014, § 158k, rn. 13.

kende advocaten als één rechtshulpverlener te tellen in een plaats, om daarmee te voorkomen dat bij vier in een kantoor samenwerkende advocaten al wordt geconcludeerd dat de keuzevrijheid met deze advocaten conform het 2e lid in de plaats van het gerecht of bevoegde bestuursorgaan is gewaarborgd.<sup>706</sup>

Deze getrapte inperking op de keuzevrijheid is in de zaak *Stark*<sup>707</sup> voorgelegd aan het HvJ EU. Het hof heeft — zoals ik besprak in paragraaf 8.4.2. — geoordeeld dat een dergelijke beperking op het keuzerecht geoorloofd is, zij het voorzover deze beperking strikt ziet op de omvang van de dekking van de te vergoeden kosten. De bepaling van § 158k lid 2 VerVG kan derhalve de Europese toets der kritiek doorstaan, waar deze beperking zodanig wordt uitgelegd dat de rechtsbijstandverzekeraar de vergoeding mag beperken tot die welke volgens de wet wordt gedeclareerd door een advocaat in de plaats van het gerecht, of — bij gebreke van afdoende advocaten in de plaats — in het arrondissement van het gerecht of bestuursorgaan van eerste aanleg. De keuzevrijheid van verzekerde dient derhalve niet te worden aangetast.

In de zaak *Stark* betrof het een verzoek van verzekerde om het dubbeltarief van diens advocaat te vergoeden voor bepaalde verrichtingen. § 23 lid 5 RATG verklaart namelijk dat sommige omschreven verrichtingen dubbel worden gerekend bij (reis)kostenintensieve verrichtingen:

‘5) Für Leistungen, die unter die Tarifpost 3 A Abschnitt II, Tarifpost 3 B Abschnitt II, Tarifpost 3 C Abschnitt II oder Tarifpost 4 Abschnitt I Z. 5, 6, Abschnitt II fallen, ist der auf diese Leistung entfallende Teil des Einheitssatzes doppelt zuzusprechen, wenn der Rechtsanwalt die Leistung an einem Ort außerhalb des Sitzes seiner Kanzlei vornimmt oder mit der Vornahme dieser Leistung einen anderen Rechtsanwalt beauftragt und keinen Anspruch auf Ersatz der Reisekosten und auf Entschädigung für Zeitversäumnis geltend macht oder das Gericht ihm einen solchen Anspruch nicht zuerkennt, weil er sich durch einen am Gerichtsort ansässigen Rechtsanwalt hätte vertreten lassen können.’

Vóór het wijzen door het HvJ EU van het arrest *Stark* werd in Oostenrijk in rechtspraak en literatuur reeds erkend dat de verzekeraar deze ‘meerkosten’ kon weigeren, met behoud van volledige vrijheid van de verzekeringsnemer om zijn rechtshulpverlener vrij te kiezen.<sup>708</sup> Daarmee werd aanvaard dat de clause van § 158k lid 2 VersVG een kostenbesparende en premiereducerende werking heeft.

Karauscheck — advocaat van D.A.S. in de procedure *Stark* voor het HvJ EU — voert twee argumenten aan ter rechtvaardiging van deze beperking.<sup>709</sup> In de eerste plaats zet hij de bepaling in de sleutel van de verzekeringsrechtelijke schadebeperkings-

706. Kronsteiner 2014.

707. HvJ EU 26 mei 2011, C-293/10, ECLI:EU:C:2011:355.

708. Karauscheck 2011, p. 41. OGH 16 december 2009, 7 Ob 194/09v; waarin het OGH evenwel oordeelde dat artikel 10.3 ARB en § 158k lid 2 VersVG zo zijn uit te leggen dat verzekerde bij de toepasselijkheid van de geografische beperking ook een niet-plaatselijke — ‘ortsansässiger’ — rechtshulpverlener mag kiezen, wanneer deze rechtshulpverlener verklaart te rekenen volgens het standaardtarief. Zie ook Pichler 2008, p. 201.

709. Karauscheck 2011, p. 41-42.

plicht van § 62 VersVG. Hij wijst op het karakter van de rechtsbijstandverzekering als kostenverzekering, waarbij verzekerde invloed heeft op deze ontstane kosten van rechtshulp en van hem een opstelling mag worden verwacht als ware hij niet verzekerd voor deze kosten.<sup>710</sup> In de tweede plaats ziet hij de bepaling in het belang van de meerderheid van verzekerden ten koste van de minderheid die in een voorkomend geval aanspraak zal doen op de meerkosten van de advocaat die extra reiskosten moet maken. In het belang van lagere kosten ten laste van het collectief van verzekerden en gereduceerde premie is het zodoende geoorloofd om de kosten voor deze minderheidsgroep te beperken tot de standaardkosten onder de RATG.

Een ander, ook in Duitsland, geëigend middel van de rechtsbijstandverzekeraar om kosten te beperken, is het gebruik van de netwerkadvoocaat. Karauscheck, Kronsteiner en Grassl-Palten zijn positief over het gebruik van netwerkadvocaten door de rechtsbijstandverzekeraar.<sup>711</sup> Zij wijzen op de kostenreducerende aspecten en hogere effectiviteit. Pichler anderzijds wijst — in lijn met de hiervoor in paragraaf 9.2.8 besproken kritiek in Duitse literatuur — op de vervlechting van economische belangen tussen rechtsbijstandverzekeraars en netwerkadvocaten en het belang van laatstgenoemden om op goede voet te blijven met de verzekeraars.

Omdat het vrije advocaatkeuzerecht op grond van § 158k VersVG beperkt is tot *gerechtelijke* en administratieve procedures alsmede belangenconflicten is het belang van de netwerkadvoocaat des te groter in de *preprocessuele* fase. De verzekeringsmaatschappij heeft alsdan de keuze om zelf, met eigen medewerkers, namens verzekerden een schikking te beproeven of de zaak over te dragen aan een netwerkadvoocaat. De ARB 2015 regelen deze keuzemogelijkheid van verzekeraar in artikel 10 lid 4, dat bepaalt dat de verzekeraar gerechtigd is de rechtshulpverlener te kiezen in drie gevallen:<sup>712</sup>

- wanneer zij in de buitengerechtelijke fase niet zelf de belangenbehartiging op zich neemt;
- in geval van gedekt juridisch advies;
- wanneer de verzekeraar verzekeringsnemer op diens keuzerecht heeft gewezen met termijnstelling, en deze niet binnen de termijn een rechtshulpverlener kiest.

Buiten het bereik waarbinnen de rechtsbijstandverzekeraar zelf een rechtshulpverlener kan kiezen wordt verzekerde ook in Oostenrijk gestimuleerd om een netwerkadvoocaat te kiezen. Artikel 6 lid 8 ARB 2015 voorziet in de mogelijkheid dat in de verzekeringsovereenkomst geregeld wordt dat verzekeringsnemer een deel van de kosten zelf draagt (eigen risico). Het eigen risico is onderwerp geweest van jurisprudentie en in literatuur, zulks in verband met het recht van vrije advocaatkeuze.

In een arrest van de OGH van 22 mei 2002 velde het hof een oordeel over een clause in de verzekeringsvoorwaarden in de vorm van een negatief geformuleerde

710. Vergelijk het criterium van muttwilligkeit, zoals besproken in paragraaf 9.2.4.

711. Karauscheck 2011, p. 41; Kronsteiner 2014, § 158k, rn. 15; Grassl-Palten RdW 2002/586, p. 646.

712. Zie ook Kronsteiner 2014, § 158k, rn. 23.

voorwaarde waaronder het eigen risico niet in rekening werd gebracht bij verzekeringsnemer.<sup>713</sup> Artikel 6 van de AKRB 1995 (Allgemeinen Bedingungen für die Kfz-Rechtsschutzversicherung für Privatpersonen) bepaalde - voor zover relevant:

‘Art 6

Welche Leistungen erbringt der Versicherer?

1. Verlangt der Versicherungsnehmer Versicherungsschutz, übernimmt der Versicherer im Falle seiner Leistungspflicht die ab dem Zeitpunkt der Geltendmachung des Deckungsanspruches entstehenden Kosten gemäß Pkt. 6., soweit sie für die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen des Versicherungsnehmers notwendig sind.

(...)

3. Notwendig sind die Kosten, wenn die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung zweckentsprechend und nicht mutwillig ist und hinreichende Aussicht auf deren Erfolg besteht.

(...)

8. Die Selbstbeteiligung des Versicherungsnehmers beträgt pro Versicherungsfall.

(...)

8.1. 20% der Kosten gemäß Art 6., mindestens öS 3.000.

(...)

8.2. Die Selbstbeteiligung entfällt, wenn der Versicherungsnehmer einen vom Versicherer vorgeschlagenen Anwalt wählt, oder die Auswahl des Anwaltes - in den Fällen des Artikels 10.4. und 10.5. — durch den Versicherer erfolgt.’

Voorop stond dat verzekeringsnemer derhalve overeenkomstig § 158k VersVG zijn rechtshulpverlener kon kiezen. De OGH achtte echter de hoogte van het eigen risico van 20% onredelijk, gezien de omstandigheid dat het hier niet alleen de advocaatkosten maar ook alle overige kosten van de procedure omvatte. Derhalve oordeelde de OGH dat er sprake was van een overschrijding van de grenzen van het toelaatbare:

‘Gesetz bzw richtlinienkonform ist nämlich die Polizzenklausel 12 bzw Art 6 Punkt 8. AKRB 1995 jedenfalls dann nicht, wenn der dem Versicherungsnehmer damit offerierte Vorteil des Wegfalls eines Selbstbehalts die

713. OGH 22 mei 2002, 7 Ob 32/02k.



sachlich gerechtfertigte Grenze insofern überschreitet, als der Versicherungsnehmer wegen der Größe des angebotenen Vorteils sozusagen einem psychologischen Zwang unterliegt, von der freien Vertreterwahl jedenfalls nicht Gebrauch zu machen, um des ihm vom Versicherer dafür angebotenen Vermögensvorteils nicht verlustig zu gehen. Die Gefahr, dass auf diese Weise der von in Umsetzung des Art 4 der Richtlinie intendierte Schutz des Versicherungsnehmers durch freie Vertreterwahl unterlaufen würde, ist bei dem im vorliegenden Fall vorgesehenen Selbstbehalt von 20% zweifellos anzunehmen, wobei in diesem Zusammenhang zu beachten ist, dass der Selbstbehalt ja nicht nur die Kosten des eigenen Rechtsanwalts, sondern auch alle anderen Verfahrenskosten umfasst.<sup>714</sup>

In zijn uitspraak formuleerde de OGH dat de bepaling van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG en het daarop gebaseerde § 158k lid 1 VersVG enerzijds *a priori* belangenconflicten tussen verzekeraar en verzekerden tracht te voorkomen — via de ‘generalpräventive Einschaltung eines Rechtsanwalts’ en anderzijds *a posteriori* een bestaand belangenconflict beoogt op te heffen. Kronsteiner bekritiseerde deze opvatting.<sup>715</sup> Volgens Kronsteiner ziet artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG niet op het voorkomen van belangenconflicten. Hij concludeert dat niet zonder meer kan worden uitgegaan van ongeoorloofde psychologische dwang bij het in het vooruitzicht van de korting van de 20% eigen risico bij keuze voor een netwerkadvocaat, maar dat uit bijzondere begeleidende omstandigheden moet blijken of er sprake is van dwang.

Nadien zwakte de OGH zijn toets van 2002 in latere rechtszaken enigszins af. Een korting van het percentage van 20% eigen risico werd door de OGH wel geoorloofd geacht in een rechtsbijstandverzekering met een onderneming, waarbij het hof afweek van zijn eerdere algemene oordeel.<sup>716</sup> Zo ook werd verval van een percentage van 10% eigen risico met een minimum van 0,3% van de verzekerde som in geval een consument koos voor een netwerkadvocaat niet onwettig geacht.<sup>717</sup> Met deze uitspraak van de OGH sloeg hij expliciet acht op de opvatting van Grassl-Palten in de literatuur waarbij de aard en hoogte van het eigen risico in verband met de vrije advocaatkeuze, gezien de omvang van dekking en doelgroep, aangemeten is.<sup>718</sup>

Kronsteiner benadrukt dat het bij voornoemde eigen risico’s in clausules ter zake het recht van vrije advocaatkeuze van belang en gunstig is dat verzekeringsnemer

714. OGH 22 mei 2002, 7 Ob 32/02k, cursivering toegevoegd.

715. Kronsteiner 2003, p. 36 e.v.

716. OGH 23 maart 2012, 1 Ob 30/12m, zie Kronsteiner 2014, § 158k, rn. 17.

717. OGH 11 december 2013, 7 Ob 50/13y. In deze uitspraak heeft het OGH te meer duidelijk gemaakt dat — zoals Kronsteiner reeds had betoogd — een algemene opvatting over de hoogte van de achterwege te laten eigen risicoheffing en vrije advocaatkeuze niet te geven is. Gekeken moet worden naar de omstandigheden van het geval. In zijn oordeel woog het hof mee dat verzekerde jarenlang een lage premie had betaald in ruil voor een overeengekomen eigen risico, en dat het alternatief was dat de verzekeringspremies omhoog moeten omdat het een gangbare kostenbeperkende maatregel betrof. Laatstgenoemde omstandigheid zou derhalve het offer van de meerderheid ten gunste van de minderheid, die wel een vrije advocaat kiest en niet het eigen risico wenst te betalen, inhouden.

718. Grassl-Palten 2002/586, p. 649, ook aangehaald in Kronsteiner 2014, § 158k, rn. 17.

niet van meet af aan hoeft te kiezen of hij afstand zal doen van zijn keuzerecht. Eerst na intreden van het verzekerd risico moet verzekerde een keuze maken met betrekking tot de inschakeling van een advocaat.<sup>719</sup> In dat verband maakt Kronsteiner een scherpe parallel met de ziektekostenverzekering, waarbij – net als momenteel in Nederland het geval is – een verzekerde ter zake elke behandeling vooraf de keuze heeft of hij kiest voor een volledige vergoeding ter zake de dienst van een aan verzekeraar gelieerde hulpverlener of dat hij daarentegen kiest voor eigen hulpverlener, tegen een in de verzekeringsvoorwaarden omschreven maximum vergoeding. De OGH heeft deze differentiatie met betrekking tot de ziektekostenverzekering niet toegestaan.<sup>720</sup>

Een andere kostenbeperkende maatregel, die inmiddels niet meer in gebruik is in Oostenrijk, was die van de massaschadeclausules. In paragraaf 8.4.1 kwam reeds aan bod de belangwekkende Oostenrijkse zaak *Eschig*, welke uiteindelijk ook het Nederlandse debat over de reikwijdte van het vrije advocaatkeuzerecht in gang zette. Deze zaak draaide in feite om door rechtsbijstandverzekeraars in de ARB gehanteerde massaschadeclausules, welke voorzagen in een exclusief keuzerecht van advocaat wanneer verzekerde verwikkeld was in een massaschade. In 1989 kwam een omvangrijke massaschade aan het licht toen de bouwcombinatie WEB insolvent raakte, nadat aan vele beleggers onroerend goedwaardepapieren waren uitgegeven. Als direct gevolg daarvan werd in de ARB 1994 en ARB 2007 een bepaling opgenomen (art. 10.4.4) welke inhield dat bij eenzelfde of soortgelijke zaak tegen dezelfde wederpartij verzekeraar het recht verkreeg om een advocaat te kiezen voor bijstand aan de gedupeerde verzekerden. Aldus werd geacht dat een goede balans werd geslagen tussen het gemeenschappelijke belang van verzekerden (reductie van de collectieve kosten) en die van de individuele verzekeringsnemer (geen algehele uitsluiting van massaschades). Verzekerde moest bij een massaschade derhalve gedogen dat verzekeraar de advocaat koos.

Het HvJ EU heeft een einde gemaakt aan de massaschadeclausule, welke inmiddels derhalve uit de ARB is verdwenen. Herhaald zij dat overeenkomstig artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG het vrije advocaatkeuzerecht slechts geldt in een gerechtelijke of administratieve procedure, zodat in theorie een massaschadeclausule voor de buitengerechtelijke fase mogelijk blijft. Onderkend werd echter dat de massaschadeclausule juist zag op de gerechtelijke fase, waar het belang ervan met name was gelegen in het voeren van proefprocessen in geval van massaschades ten behoeve van verzekerden.<sup>721</sup> Ook leek het niet goed mogelijk en transparant om massaschades algeheel uit te sluiten in de verzekeringsvoorwaarden.<sup>722</sup> Wat

719. Kronsteiner 2014, § 158k, rn. 18. Zie in Duitse literatuur Armbrüster *AnwBl* 2012, p. 219 en paragraaf 9.2.8 hiervoor.

720. OGH 7 april 1992, 10 Ob S 22/92.

721. Zie Kronsteiner 2014, § 158k, rn. 27.

722. Kronsteiner 2009, p. 37 e.v., naar aanleiding van de uitspraak *Eschig* van het HvJ EU. Hij noemt terecht dat het aanvankelijk niet is te voorzien of een massaschade gaat ontstaan, zodat het lastig is om tijdig een dergelijke dekking voor dergelijke schades uit de polisvoorwaarden te halen. Ook is het vanuit het 'Transparenzgebot' niet voorstelbaar dat achteraf – ex nunc – een eerdere dekkingstoezegging wordt herroepen vanwege het feit dat, naar later is gebleken, een massaschade aan de orde is. Het formuleren van een omvattende en dynamische dekkingsbepaling is derhalve problematisch.

restte was een genuanceerde regeling van de omvang van de kostenvergoeding in de recentere ARB 2010. Artikel 6.7.3 bepaalt derhalve:

‘7.3. Genießen mehrere Versicherungsnehmer zur Wahrnehmung ihrer rechtlichen Interessen Versicherungsschutz aus einem oder mehreren Versicherungsverträgen und sind ihre Interessen aufgrund der gleichen oder einer gleichartigen Ursache gegen den/dieselben Gegner gerichtet, ist der Versicherer berechtigt, seine Leistungspflicht vorerst auf die außergerichtliche Wahrnehmung durch von ihm ausgewählte Rechtsvertreter;

auf gegebenenfalls notwendige Anchlusserklärungen als Privatbeteiligte und auf die Forderungsanmeldungen in Insolvenzverfahren sowie auf notwendige Musterverfahren zu beschränken. Die dem Versicherer für die Vorbereitung und Durchführung von Musterverfahren entstehenden Kosten werden nach Kopfteilen auf die Versicherungssummen aller betroffenen Versicherungsnehmer angerechnet.

Werden vom Versicherer Gemeinschaftsklagen oder sonstige gemeinschaftliche Formen der gerichtlichen Interessenwahrnehmung organisiert oder empfohlen und nimmt der Versicherungsnehmer freiwillig daran teil, oder werden mehrere Klagen vom Gericht verbunden, übernimmt der Versicherer die dem einzelnen Versicherungsnehmer entstehenden Kosten bis zu max. xxx% der mit dem jeweiligen Versicherungsnehmer vereinbarten Versicherungssumme.

Wenn und sobald die Versicherungsnehmer durch diese Maßnahmen nicht ausreichend gegen einen Verlust ihrer Ansprüche durch drohende Verjährung geschützt sind, übernimmt der Versicherer die Kosten für die individuelle, gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen zur Hemmung/Unterbrechung der Verjährung bis zu max. xxx% der mit dem jeweiligen Versicherungsnehmer vereinbarten Versicherungssumme.

Ist nach Klärung der für alle betroffenen Versicherungsnehmer maßgeblichen Vorfragen noch die gerichtliche Geltendmachung individueller Ansprüche notwendig, besteht dafür Versicherungsschutz in vollem Umfange.

Sofern der Versicherungsschutz die Vertretung in Verfahren vor Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten bzw. vor dem Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof umfasst, können diese Bestimmungen sinngemäß angewandt werden.’

Deze bepaling geeft er rekenschap van dat verzekeraar enerzijds in de buitengerechtelijke fase een advocaat mag aanstellen, mits er geen sprake is van dreigende verjaring. Anderzijds kan verzekerde in de gerechtelijke fase of bij een administratieve procedure gebruikmaken van het collectieve initiatief wanneer dat door de verzekeraar wordt gestart of gebruikmaken van een advocaat, dit onder de omschreven alternatieve kostenmaxima. Verzekerde heeft ten slotte volledige verzekerings-

dekking als in zijn individuele geval nog moet worden geprocedeerd nadat de juridische voorvragen inzake de massaschade zijn uitgekristalliseerd.

Ik noem hier ten slotte nog de afbakening van de administratieve procedure in Oostenrijkse wetgeving. Eerder gaf ik reeds aan dat bij de implementatie Richtlijn 87/344/EEG in § 158k VersVG nauwgezet is gevolgd. Overeenkomstig de richtlijn spreekt deze bepaling van een Gerichts- oder *Verwaltungsverfahren*. Paragraaf 2 van § 158k VersVG voegt daaraan toe dat het een procedure voor een gerecht of Verwaltungsbehörde oftewel bestuursorgaan betreft. Verwaltungsverfahren betreft in Oostenrijk dan ook bestuursrecht. Met een Verwaltungsverfahren wordt dan ook een bestuursrechtelijke procedure ten overstaan van een bestuursorgaan geduid.

#### 9.3.7 Vergoeding advocaatkosten

Met inachtneming van de hiervoor besproken mogelijkheid die de rechtsbijstand-verzekeraar onder bepaalde voorwaarden moet worden gelaten om een buitengerechterlijke regeling met de wederpartij van verzekerde te beproeven, maken verzekeren aanspraak op vergoeding van externe advocaatkosten.

Bij de inschakeling van de advocaat is een belangrijke verplichting van verzekerden om de daadwerkelijke opdrachtverstrekking door de rechtsbijstandverzekeraar te laten verzorgen (artikel 8.1.2 en 10 ARB 2015).<sup>723</sup> Daarnaast dient verzekerde de zaak uiteraard tijdig te melden ten behoeve van een dekkingstoets en haalbaarheidsanalyse door de verzekeringsmaatschappij (eveneens artikel 8 ARB 2015). Het betreft hier een Obliegenheit, welke overeenkomstig de voorschriften van § 6 VersVG kan worden gesanctioneerd.<sup>724</sup>

Oostenrijk kent net als Duitsland een vorm van wettelijke tariefregulering. Daarnaast is er een regeling van de advocatuur waarop acht moet worden geslagen. Artikel 6.1 ARB 2015 maximeert de door de rechtsbijstandverzekeraar te vergoeden advocaatkosten op het Rechtsanwaltsaristengesetzes (RATG) en, bij gebreke van een regeling daarin, op de Allgemeinen Honorarkriterien (AHK). Daarnaast geldt uiteraard het in de verzekeringsovereenkomst bepaalde kostenmaximum en de overige overeengekomen beperkingen ten aanzien van de dekking (artikel 7 ARB 2015).

In eerste instantie moet acht worden geslagen op de wetgeving: het RATG. Het RATG is minder omvattend dan het Duitse RVG. Volgens § 1 RATG maken advocaten in civiele procedures, scheidsrechtelijke procedures van § 557 ZPO en bepaalde aangewezen strafrechtelijke procedures, aanspraak op de tarieven voorzien in het RATG. Voor de proceskostenveroordeling in civiele zaken en andere voornoemde procedures wordt acht geslagen op de tarieven voorzien in deze wet. Dit geldt ook voor de advocaatkosten van de wederpartij, die de in het ongelijk gestelde partij ook dient te vergoeden (zie artikel § 1 lid 2 RATG).

723. Kronsteiner 2014, § 158k, rn. 29.

724. Hartmann 2014, p. 353 e.v. Geheel verval-van-recht mag slechts bij opzet.

In tweede instantie, waar het RATG niet in een regeling voorziet, geldt de AHK. De AHK is geen wetgeving maar een regeling van de branche, uitgevaardigd door de Rechtsanwaltskammer. De AHK is een richtlijn ten aanzien van de hoogte van de advocaattarieven. Zowel het RATG als de AHK bieden de ruimte voor de advocaat en de opdrachtgever, cliënt, om onderling vrijelijk een tarief overeen te komen (zie § 2 lid 1 RATG en § 1 AHK). Tarieven afgesproken overeenkomstig de AHK worden verondersteld redelijk te zijn.

Het RATG geldt niet zozeer als een minimumvergoeding, zoals in Duitsland, maar als een tarief dat geldt als partijen niets hebben afgesproken en bij de bepaling van de hoogte van de proceskostenveroordeling in rechte (§ 1 lid 2 RATG). De hoogte van het RATG-tarief wordt bepaald aan de hand van de Bemessungsgrundlage oftewel Wert des Streitgegenstandes (zie § 10 e.v. RATG en § 54 tot 59 van de 'Jurisdiktionsnorm'), de aard van de prestatie van de advocaat (Tarifposten bij het RATG), de duur van deze prestatie en eventuele toeslagen. De berekening van het honorarium is zodoende, erg vergelijkbaar met het Duitse RVG, voorzien van een erg nauwgezet systeem van tariefbestanddelen die volgens een bepaalde methode optellen tot een totaal honorarium voor alle handelingen van de advocaat.

Net als ik ten aanzien van Duitsland en het RVG deed, geef ik hier een voorbeeld, ontleend uit de literatuur.<sup>725</sup> In het hier genoemde voorbeeld betreft het een nakoming met betrekking tot een achterstallige betaling van € 4.000. De advocaat van de opdrachtnemer vordert betaling van € 4.000. De advocaatkosten van deze opdrachtnemer bij een vordering in een civiele procedure laten zich in genoemd voorbeeld als volgt berekenen:

- uitbrengen dagvaarding	€ 154,90
toeslag 120%	€ 185,88
toeslag 10%	€ 34,08
- voorbereitende Schriftsätze (§ 257 Abs 3 ZPO)	€ 154,90
toeslag 60%	€ 92,94
toeslag 10%	€ 24,78
- zitting	€ 154,90
toeslag 60%	€ 92,94
toeslag 10%	€ 24,78
- documenten opvragen	€ 15,90
toeslag 60%	€ 9,54
toeslag 10%	€ 2,54
- descente	€ 232,35
toeslag 120%	€ 278,82
toeslag 10%	€ 51,11
'wegzeit'	€ 50,20
- overleg met partijen	€ 154,90
toeslag 60%	€ 92,94
toeslag 10%	€ 24,78
Totaal advocaatkosten	€ 1.833,18

725. Kolba, Resetarits & Weiser 2014, p. 923.

Zeker gezien het hier een uitgebreidere procedure betreft met descente en bespreking van partijen vallen de advocaatkosten in dit voorbeeld derhalve wat hoger uit. De advocaatkosten in het RATG zijn sterk gefixeerd. De richtlijntarieven van de AHK zijn veel globaler en kennelijk wat hoger dan die voorzien in het RATG. Dit heeft wellicht te maken met de omstandigheid dat bij de tarieven van het RATG ook rekening moet worden gehouden met de proceskostenveroordeling van de in het ongelijk gestelde partij, zodat de tarieven mogelijk meer gematigd zijn. Zoals eerder aangegeven, staat het partijen geheel vrij om een afwijkend tarief af te spreken. De rechter is daar in de procedure echter niet door gebonden. Het verschil met het RATG-tarief komt voor rekening van de cliënt die deze afwijkende prijsafsprake maakt met de advocaat.

Ook hier geldt, net als in Duitsland, dat de tarieven sterk gereguleerd, en derhalve veel voorspelbaarder zijn dan in Nederland. Dit geldt te meer daar veelal niet naar uurtarieven maar in tarieven per handeling van de advocaat wordt gerekend.

## 9.4 Frankrijk

### 9.4.1 Historie

Frankrijk wordt beschouwd als de bakermat van de (hedendaagse) rechtsbijstandverzekering. Begin negentiende eeuw werden er al verzekeringsovereenkomsten gesloten ter dekking van proceskosten of ten behoeve van dienstverlening van rechtsbijstand.<sup>726</sup> Daarnaast kan worden gewezen op de verhaalsbijstand voor slachtoffers van werkgerelateerde ongevallen eind van de negentiende eeuw en de rechtsbijstand van medici in die periode.<sup>727</sup> Toentertijd bestond er discussie over de kwalificatie van dergelijke overeenkomsten als verzekeringsovereenkomst.<sup>728</sup>

Eenduidig is dat de oorsprong van de hedendaagse vorm van rechtsbijstandverzekeringen in Europa moet worden gezocht in de oprichting van Défense Automobile et Sportive ('D.A.S.') in 1917. Deze maatschappij ontstond in Le Mans in de autosport vanwege de behoefte aan verzekeringsdekking voor zware ongevallen bij de autoraces op het circuit van Le Mans. De verzekeringsdekking zag vooral op verhaal van schade en verdediging bij strafrechtelijke vervolging bij verkeersgerelateerde overtredingen en misdrijven.<sup>729</sup>

Sinds de jaren vijftig van de twintigste eeuw begonnen multibranche verzekeraars met het aanbieden van een rechtsbijstandverzekeringsdekking, onder de naam 'défense-recours'.<sup>730</sup> De maatschappij DAS ontwikkelde zich snel in de daaropvolgende jaren, echter dient te worden onderscheiden van de DAS-groep die in de jaren

726. Als maatschappij kan worden genoemd La Prevoyance Judiciaire, zie Paris 2004, p. 25 en Cerveau 1990, p. 35. Zie ook Werner 1985, p. 101.

727. Le Sou Médical, zie Lamy 2014, nr. 3803 en Paris 2004, p. 26.

728. Werner 1985, p. 101-102.

729. Werner 1985, p. 102.

730. Cerveau 2006, p. 37.

twintig van de twintigste eeuw ontstond in omliggende landen, zoals Zwitserland en Duitsland.<sup>731</sup> Tegelijkertijd bleef DAS een van de weinige gespecialiseerde rechtsbijstandverzekeraars tot eind jaren zeventig.<sup>732</sup>

#### 9.4.2 Structurele belangenconflicten: IDA / IRSA

Ten aanzien van Frankrijk moet worden gewezen op de destijds groeiende praktijk van materiële verkeersschades, waarin belangenconflicten vanaf de jaren vijftig van de vorige eeuw de orde van de dag waren.<sup>733</sup> De kritiek ontstond dat wat betreft de *défense-recours* de verzekeringsmaatschappij tegelijkertijd rechter en partij is.<sup>734</sup> Deze ontstane situatie, die nadrukkelijk in Richtlijn 87/344/EEG werd geadresseerd, wordt hieronder beschreven.

Vanaf de jaren twintig van de twintigste eeuw maakten ook de multibranche verzekeraars een opmars in de rechtsbijstandverzekeringstak, met het opnemen van een *défense-recours* product in hun verzekeringspakket. Aanvankelijk werd *défense-recours* enkel bij autoverzekeringen als complement opgevoerd maar daarna ook bij aansprakelijkheidsverzekeringen.<sup>735</sup>

Met de verdere uitbreiding van gemotoriseerd verkeer ontwikkelde zich ook de jurisprudentie van civiele aansprakelijkheid in het verkeer. De bewijslast van het ontbreken van een verwijt werd volgens deze jurisprudentie bij de bestuurder neergelegd.<sup>736</sup>

In het verlengde daarvan werd vanaf de jaren vijftig van de vorige eeuw ook de schadeafwikkeling bij multibranche verzekeraars vereenvoudigd. Bepaalde ontwikkelingen speelden daarbij een belangrijke rol. In 1953 werd ten behoeve van het verhaal van schade (*la recours*) een staffel, 'janin', afgesproken door verzekeraars, zulks overeenkomstig jurisprudentie in verkeersschades.<sup>737</sup> De schadebedragen werden daarmee geobjectiveerd waarbij derhalve niet de *reële* *schades* maar een *forfaitbedrag* werd vergoed. Daarop voortbouwend spraken verzekeraars in 1956 een convenant af, (*Convention Règlement Forfaitaire Anticipé*), dat inhield dat de verzekeraar bij verhaal van verkeersschade aan zijn eigen verzekerde een voorschot ter beschikking stelde dat was gebaseerd op de voornoemde staffel. Bovendien werd tegelijkertijd een convenant over expertises afgesproken in de branche. Initieel overleg tussen verzekeraars vond vooralsnog steeds plaats tussen de tegenover elkaar staande verzekeraars.<sup>738</sup>

731. Werner 1985, p. 102.

732. Lamy 2014, nr. 3803. Gewezen wordt op de andere gespecialiseerde rechtsbijstandverzekeraars: *Défense Civile* (vanaf 1922), *Le Sou Médical* (1940), *Le Sécurité Domestique* (1952).

733. Deze situatie deed zich niet alleen in Frankrijk voor maar ook in België en Italië, zie Eidam 1984, p. 219 e.v.

734. Cerveau 1990, p. 36.

735. Lamy 2014, nr. 3803.

736. Möller 1975, p. 272-273.

737. Möller 1975, p. 280.

738. Idem.

Gradueel vond echter een nog verdergaande vereenvoudiging van het proces plaats, waarbij het initiële overleg tussen de verzekeraars verdween en de (eigen) aansprakelijkheidsverzekeraar verantwoordelijk werd voor de expertise aan de auto van zijn verzekerde – niet meer de tegenassuradeur, ter voorkoming van verdere vertraging. Met de I.D.A. (Indemnisation Directe de l'Assuré) uit 1968 werd in de branche voor verkeersschades op Frans grondgebied tussen twee gemotoriseerde voertuigen zonder letsel afgesproken dat de aansprakelijkheidsverzekeraar zijn schadelijdende verzekerde direct schadeloos stelt naar de mate van verantwoordelijkheid van de laedens (derde).<sup>739</sup> Daarbij wordt acht geslagen op de voornoemde staffel. De I.D.A. gold voor schadebedragen die het bedrag van 5.000 F. niet te boven gingen.

Verder is van belang dat de hoogte van de verzekerde toekomstige schade werd vastgesteld niet conform *subjectieve* factoren (zoals verklaringen van getuigen, processen-verbaal), maar juist aan de hand van *objectieve* factoren, zoals respectievelijke posities van de betrokken voertuigen bij het ongeval en omvang van de materiële schade vastgesteld door de expert.<sup>740</sup> Als basis van de afwikkeling diende een door betrokkenen bij het ongeval in te vullen schadeformulier. De bevindingen van de expert werden conform het convenant omtrent inschakeling van experts behandeld.

Een en ander leidde dus tot versnelling van het proces, hetgeen tegemoet kwam aan de grote aantallen verkeersschades en premies laag hield.<sup>741</sup> Dit resulteerde er bovendien in dat verzekeraars bij toepassing en binnen de voorwaarden van de I.D.A. onderling niet meer met elkaar verrekenden.<sup>742</sup>

Complementair aan de hiervoor behandelde I.D.A. ontstond in de branche de Convention Inter-Société de Règlement des sinistres automobiles (I.R.S.A.) voor afwikkeling van schades *tussen* maatschappijen, wanneer de schade het bedrag van 5.000 F. oversteeg.<sup>743</sup> Het uitgangspunt was dat, ter voorkomen van rechtsgang tussen maatschappijen, werd afgesproken dat de zaak in der minne of via arbitrage wordt geregeld via een systeem van escalatie. Eerst werd getracht, telkens voor een termijn van 20 dagen, de zaak op de laagste afdeling administratief af te wikkelen met de andere maatschappij, waarna de zaak telkens zo nodig naar de afdeling daarboven escaleerde. Uiteindelijk, als de zaak niet werd geregeld door de hoogste afdeling, ging de zaak naar arbitrage.

Het gevolg van de hier besproken ontwikkelingen van vereenvoudiging van processen was dat er op grote schaal belangentegenstellingen bestonden bij multibranche verzekeraars. Dit betekende tegelijkertijd een aanmerkelijke inbreuk op het recht van vrije advocaatkeuze van verzekerden, dat bij multibranche verzekeraars veelal werd ontzegd. In de regel was bij *défense-recours* in de verzekeringsvoorwaarden bepaald dat de verzekeraar het recht had om zijn huisadvocaat in te schakelen.<sup>744</sup>

739. Idem, p. 281. Voor de inhoud van de IDA zie *Rechtsschutz in Europa* 1976-6, p. 4-8.

740. Möller 1975, p. 281.

741. Cerveau 2006, p. 40-41.

742. Möller 1975, p. 281.

743. Idem, p. 281.

744. Lamy 2014, nr. 3860.



Dit fenomeen is later dan ook aanleiding geweest voor de Europese Commissie om het recht van vrije advocaatkeuze op te nemen in het richtlijnvoorstel van 1979.<sup>745</sup>

De *défense-recours* boette aan belang in, daar het tweede deel van het begrip, de *recours* (verhaal van schade op een derde), grotendeels uitbleef omdat de verzekeraar meestal zelf de schade van haar verzekerde afwikkelde volgens I.D.A.<sup>746</sup>

De hiervoor uiteengezette praktijk in Frankrijk kon slechts bestaan bij de gratie van een aantal factoren:

1. Er bestond een veelheid van multibranche verzekeraars die zowel de aansprakelijkheidsverzekering als de *défense-recours* aanboden.<sup>747</sup> Daar tegenover stonden slechts drie wettelijk toegelaten gespecialiseerde *défense-recours* verzekeraars.
2. Het bestaan van het wijdverbreide IDA-convenant, dat 80% van de verkeersschades bestreek. Door het convenant bleef er weinig ruimte over voor de gespecialiseerde *défense-recours* verzekeraars. Bovendien maakten multibranche verzekeraars regelmatig ‘afstand-van-recht’ afspraken met verzekerden, die — hoewel zij het niet-bindend waren — de verzekerden ertoe brachten om in de uitkomst van de minnelijke regeling te berusten.<sup>748</sup>

De verregaande afspraken van multibranche verzekeraars beperkten het speelveld voor gespecialiseerde rechtsbijstandverzekeraars in ernstige mate op het klassieke terrein van verkeersschades. Deze zochten derhalve hun toevlucht in de algemene civiele rechtsbijstand, met voor het eerst in 1967 de uitgifte van verzekeringsvoorwaarden ‘*defense générale*’.<sup>749</sup> Deze verzekering bood een erg ruime dekking voor alledaagse particuliere juridische kwesties.

Deze scheve verhouding in verkeersschades tussen multibranche verzekeringsmaatschappijen, waar de aansprakelijkheidsverzekering de boventoon voerde, ten koste van gespecialiseerde rechtsbijstandverzekeraars *défense-recours*, werd door middel van de hieronder beschreven implementatie van Richtlijn 87/344/EEG geadresseerd. Een belangrijke ontwikkeling daarbij was dat het recht van vrije advocaatkeuze, dat volgens het IDA-convenant aan verzekerden werd onthouden, wettelijk werd verankerd.

745. Zie paragraaf 6.2.

746. Zie Eidam 1984, p. 219 e.v.

747. *Rechtsschutz in Europa* 1976-2, p. 12. De (multibranche) aansprakelijkheidsverzekeraars weigerden om de aansprakelijkheidsverzekering zonder de rechtsbijstandverzekering te bedrijven, hetgeen hen een extra premie-inkomen van 10% verschaft. Zie ook Cerveau 2006, p. 40.

748. Idem.

749. Möller 1975, p. 285.

### 9.4.3 Wetgeving

In Frankrijk werd met de implementatie van Richtlijn 87/344/EEG voor het eerst voorzien in een wettelijke regeling van de rechtsbijstandverzekering.<sup>750</sup> Richtlijn 87/344/EEG werd in Frankrijk omgezet door middel van de Loi no 89-1014 van 31 december 1989.<sup>751</sup> De bepalingen omtrent de rechtsbijstandverzekering staan opgenomen in titel 2 van Loi no 89-1014. In titel 2 van de Code des Assurances werd een nieuw hoofdstuk 7 opgenomen. Het nieuw aldaar toegevoegde artikel 127 (zie artikel 5 van de wet) bevat de inhoudelijke bepalingen omtrent de rechtsbijstandverzekering. De bepalingen van artikel 127 regelen het navolgende:

L 127-1: definitie van de rechtsbijstandverzekering

L 127-2: verplichting om de rechtsbijstandverzekering op te nemen in een apart contract of hoofdstuk met vermelding van de corresponderende premie

L 127-3: verplichting tot vermelding van het recht van vrije advocaatkeuze

L 127-4: verplichting tot het hebben van een geschillenregeling

L 127-5: informatieplicht van de verzekeraar in geval van een belangenconflict of verschil van inzicht over de behandeling van het dossier van verzekerde

L 127-6: uitzondering van het toepassingsgebied van de rechtsbijstandverzekering van de risico's samenhangende met het transport ter zee en de aansprakelijkheidsverzekering

L 127-7: beroepsgeheim voor de dossierbehandelaars van de rechtsbijstandverzekering

In de Code de la Mutualité zijn deze bepalingen voor de onderlinge waarborgmaatschappijen opgenomen in de artikelen L 224-1 tot en met L 224-7-1.

Verder regelt de Loi 89-1014 (artikel 6) de toevoeging van een sectie 7, in het eerste hoofdstuk van titel 2 van het derde boek van de Code des Assurances:

L 321-6: overeenkomstig artikel 3 lid 2 van Richtlijn 87/344/EEG heeft verzekeraar een keuzemogelijkheid voor een van de drie opties van schaderegeling: gescheiden beheer, uitbesteding aan een schaderegelingskantoor of de ruime variant van de vrije advocaatkeuze

750. Eerder was er alleen een vermelding van de branche rechtsbijstandverzekering als toegelaten verzekeringsvorm, zulks naar aanleiding van de implementatie van Richtlijn 73/239/EEG, Bigot 1990, p. 7. Zie verder over de implementatie van Richtlijn 87/344/EEG: Cerveau & Margeat 1987, p. 2-10; Groutel 1990, p. 3-4.

751. Inwerkingtreding bij decreet no 90-697 van 1 augustus 1990.

Ten slotte is bij decreet geregeld onder welke condities de rechtsbijstandverzekering *assessoir* mag worden gevoerd op een reisverzekering (artikel R. 321-3 Code des Assurances).<sup>752</sup>

#### 9.4.4 ‘La Réforme de l’assurance protection juridique’ van 2007: Loi 2007-210

In 2007 is de regelgeving omtrent de rechtsbijstandverzekering grondig aangepast. Verschillende ontwikkelingen hebben deze belangrijke hervorming (Réforme) van 2007 ingeleid.<sup>753</sup> Ik bespreek deze ontwikkelingen hieronder.

De eerste belangrijke factor is de parallel die in Frankrijk sinds ruime tijd wordt getrokken getrokken tussen rechtsbijstandverzekering en de gefinancierde rechtshulp. Sinds het begin van de jaren negentig van de twintigste eeuw vonden er reeds verkennende gesprekken plaats tussen overheid en rechtsbijstandverzekeraars, zulks in het kader van de verbetering van de toegang tot het recht voor de burger.<sup>754</sup>

In adviezen aan de overheid over de toegang tot het recht en gefinancierde rechtshulp werd herhaaldelijk de wens uitgesproken om de gefinancierde rechtshulp te complementeren met de rechtsbijstandverzekering.<sup>755</sup> De toenmalige Minister van Justitie sprak — ter zake verkennende gesprekken met advocatuur en verzekeraars — op 6 januari 2004 in de Assemblée Nationale uitdrukkelijk de wens uit om een systeem te creëren met gefinancierde rechtshulp en rechtsbijstandverzekering als complement:<sup>756</sup>

‘... je poursuis opiniâtement une discussion tripartite avec les avocats et les assureurs. Nous devons démontrer que nous sommes capables, avec les professionnels, de compléter l’aide juridictionnelle par un système d’assurance judiciaire digne de ce nom, c’est-à-dire respectueux de l’indépendance qu’exige la pratique des avocats. Je souhaite qu’avec les compagnies d’assurances nous parvenions à des dispositifs satisfaisants: ce sera un grand progrès pour l’accès à la justice.’

In 2001 had de senaatscommissie Bouchet, die een en ander uitgebreid had onderzocht, geconcludeerd dat er kansen waren om de rechtsbijstandverzekering complementair te maken aan de overheidsrechtshulp, zij het dat daartoe (bij de rechtsbijstandverzekering) de juiste voorwaarden moesten worden gecreëerd. In dat verband signaleerde de commissie — kortweg — drie problemen.<sup>757</sup>

752. Decreet 90-815 van 14 september 1990, artikel 4.

753. Zie hierover uitgebreid Lamy 2014, nrs. 3883-3885; Cerveau 2006, p. 197 e.v.

754. Zie K. Le Bourhis in Lochak 2013, nr. 7. Zie ook het rapport van senator M. Yves Détraigne, ‘Justice et accès au droit’ (2007), p. 7 ([www.senat.fr](http://www.senat.fr)).

755. 1997: rapport van voorzitter Coulon, ‘Réflexions et propositions sur la procédure civile’, p. 42 ([www.ladocumentationfrancaise.fr](http://www.ladocumentationfrancaise.fr)); 2001: Rapport voorzitter Bouchet, ‘Rapport de la commission d’accès au droit et à la justice’, p. 22 e.v. ([www.ladocumentationfrancaise.fr](http://www.ladocumentationfrancaise.fr)). Zie hierover uitgebreid Le Bourhis in Lochak 2013, nr. 8 e.v.

756. Bouquin 2004, p. 5.

757. Rapport voorzitter Bouchet, ‘Rapport de la commission d’accès au droit et à la justice’, p. 23 ([www.ladocumentationfrancaise.fr](http://www.ladocumentationfrancaise.fr)).

Ten eerste concludeerde men dat de dekkingen van rechtsbijstandverzekeringen onvoldoende waren — oftewel relatief weinig, althans betaalbaar, aanbod — op de voor gesubsidieerde rechtshulp cruciale rechtsgebieden, zoals het personen-, familierecht en strafrecht. Door de commissie werd in de tweede plaats onderstreept dat veel justitiabelen niet bekend zijn met het hebben van een rechtsbijstandverzekering. Dit heeft vooral te maken met de omstandigheid dat deze verzekering vaak als complement op een andere verzekering is opgenomen. Ten derde merkte de commissie op dat het recht van vrije advocaatkeuze in de praktijk vaak werd beperkt. Deze beperking was volgens de commissie tweeledig in de zin dat enerzijds de eigen keuze van verzekerde voor een advocaat werd ontmoedigd en anderzijds de door verzekeraars vergoede tarieven onredelijk laag werden gehouden.<sup>758</sup>

De tweede belangrijke factor die leidde tot de hervorming van de rechtsbijstandverzekering was het advies van de Commission des clauses abusives over knelpunten in de praktijk van de rechtsbijstandverzekering uit 2002.<sup>759</sup> Het adviesrapport vormde de bevestiging van onvrede van consumenten over de werking van de rechtsbijstandverzekering en het gemis aan consumentenvertrouwen.<sup>760</sup> Deze commissie bracht een uitgebreid advies uit over de (on)eerlijkheid van contractuele standaardbepalingen in voorwaarden van rechtsbijstandverzekeraars.<sup>761</sup> De volgende bepalingen in voorwaarden van rechtsbijstandverzekeringen sprongen met name in het oog:

- ingevolge waarvan verzekerde het geschil moest melden binnen een termijn korter dan vijf dagen
- die de termijn voor het melden van het geschil doet aanvangen op het moment van *ontstaan* van het geschil
- waarbij de verzekeraar bij schending van de meldingsplicht automatisch de sanctie verval-van-recht oplegt, ongeacht of de verzekeraar een nadeel kan aantonen
- verval van de verzekerde garantie bij voorbarig consulteren van een advocaat, zonder dat verzekeraar een nadeel kan aantonen
- ontzegging van het recht van vrije advocaatkeuze, bijvoorbeeld wanneer meerdere verzekerden hetzelfde geschil hebben
- ontzegging van het recht van vrije advocaatkeuze als verzekeraar niet instemt met het honorarium van de advocaat, waarbij voor verzekerden onbekende voorwaarden worden gesteld aan de hoogte van honoraria

758. Rapport voorzitter Bouchet, 'Rapport de la commission d'accès au droit et à la justice', p. 23-24 ([www.ladocumentationfrancaise.fr](http://www.ladocumentationfrancaise.fr)), p. 23-24. Verzekerden dienen de zelf gekozen advocaat het honorarium voor te schieten, hetgeen volgens de commissie reeds tot een ontmoediging leidt. Ten aanzien van de hoogte van de tarieven wordt opgemerkt dat deze nauwelijks hoger liggen dan die van een advocaat die volledig op basis van toevoeging wordt ingeschakeld.

759. De Commission des clauses abusives is een adviesorgaan van de minister belast met consumentenzaken, zie artikel L 822-4 Code de la consommation ([www.clauses-abusives.fr](http://www.clauses-abusives.fr)).

760. Cerveau 2006, p. 11.

761. Recommandation no 02-03 ([www.clauses-abusives.fr](http://www.clauses-abusives.fr)). De commissie was daartoe geraadpleegd door de Conseil National de la Consommation, ter zake diens onderzoek naar de honoraria van advocaten vanuit consumentenperspectief. De verhouding tussen rechtsbijstandverzekeraar en de advocaat, die regelmatig opdrachtgever is van de consument, kwam in laatstgenoemd onderzoek in het bijzonder onder de aandacht.

- onduidelijke of ontbrekende voorwaarden omtrent (de termijn van) vergoeding van advocaatkosten
- verplichting tot het verstrekken van dossierstukken van de advocaat van verzekerde in gevallen waarin het een geschil tussen verzekerde en verzekeraar betreft

Samengevat gaat het hier om drie kritieke bezwaren ter zake de rechtsbijstandverzekering in de praktijk, namelijk:

- a. verval van het recht op rechtsbijstand
- b. inperkingen van het recht van vrije advocaatkeuze
- c. beperkte omvang van vergoeding van advocaatkosten

De derde factor in de aanloop naar het hervormingsproces was het kritische standpunt en de lobby vanuit de advocatuur. Net als in Nederland bepleitte de advocatuur reeds decennia dat rechtsbijstandverzekeraars zich de rol moeten aanmeten van (zuivere) kostenverzekeraars en zich dus verder moeten onthouden van juridische dienstverlening.<sup>762</sup> Vanaf 2000 waren de verhoudingen tussen advocatuur en rechtsbijstandverzekeraars ernstig verslechterd.<sup>763</sup> De brancheverenigingen de CNB en de Conférence des bâtonniers bepleitten een grondige hervorming van de rechtsbijstandverzekering ter borging van de prudente uitoefening van het beroep van de advocaat.<sup>764</sup> De CNB formuleerde daartoe een viertal principes:<sup>765</sup>

- Vrije advocaatkeuze op ieder moment: dus ook gedurende de buitengerechtelijke fase en daarbij een verbod voor rechtsbijstandverzekeraars om advocaten aan te bevelen.
- Uitbreiding van de vertegenwoordiging van de advocaat voor verzekerden (met betrekking tot de buitengerechtelijke fase), zulks ten koste van de rechtsbijstandverzekeraars.
- Vrijheid van het maken van tariefafspraken voor advocaten met verzekerden: dat wil zeggen, het uitsluiten van bemoeienis van de rechtsbijstandverzekeraar daarbij. In het verlengde hiervan werd een verbod verlangd op het inschakelen van ‘netwerkadvocaten’, dat wil zeggen, advocaten die werken volgens tarief- en volumeafspraken met de verzekeraar.
- Absolute borging van het beroepsgeheim van de advocaat.

De hier genoemde vier factoren vormden de basis van constructieve overleggen tussen de Franse regering, de Franse orde van advocaten (CNB) en verzekeraars.<sup>766</sup>

762. Zie hoofdstuk 3 ten aanzien van het standpunt in Nederland. Zie Cerveau 2007 (GP), p. 3, o.a. met verwijzing naar een rapport van L. Lambert-Faivre uit 1983 ter zake de opinie van de advocatuur.

763. Cerveau 2006, p. 164-165.

764. Zie Cerveau 2006, p. 162.

765. Zoals door de branchevereniging geformuleerd in een rapport en voorstel voor een conventie tijdens een ledenvergadering van de CNB op 27 juni 2003, zie Bouquin 2004, p. 4 en Cerveau 2006, p. 164. Zie voor de klachten vanuit de advocatuur over de uitvoering van de rechtsbijstandverzekering ook Repiquet & Bocquillon 2004, p. 3467-3468 en zie K. Le Bourhis in Lochak 2013, nrs. 16 e.v.

766. Bouquin 2004, p. 3-4. Verdere, hier niet genoemde kritiek, geuit door de advocatuur en consumentenbrancheorganisatie zijn o.a.: dubbele (overlappende) rechtsbijstandverzekeringsgaranties die verzekerde bezitten via verschillende maatschappijen, ondermaatse service van de rechtsbijstandverzekeraar of het schaderegelingskantoor. Deze en andere punten worden beantwoord in het

De verzekeraars beantwoordden op hun beurt de kritiek van de voornoemde commissies en de advocatuur. Op verzoek van de branchevereniging FFSA werd een 'grote naam' in de verzekeringsbranche, Bouquin, verzocht om de stand van zaken van de rechtsbijstandverzekering te onderzoeken en rapport uit te brengen. In 2004 bracht Bouquin derhalve naar voren:

- Doublures van verzekeringsdekking: er is slechts sprake van minimale doublures en het betreft daarbij slechts een beperkt financieel belang.
- Mate van kwaliteit van service van rechtsbijstandverzekeringen: de hoge gemeten klanttevredenheidscijfers en het beperkt aantal klachten weerleggen een inadequate service van rechtsbijstandverzekeraars. Aldus Bouquin doen de juristen van verzekeraars niet onder voor de dienstverlening van de advocatuur omdat zij capabel en ervaren zijn in de rechtsbijstand in de buitengerechtelijke fase. Ten slotte refereert Bouquin aan de procedure van de geschillenregeling (scheidsrechtelijke procedure van art L 127-4 Code des Assurances) waarop verzekerden een beroep kunnen doen bij verschillen van inzicht met verzekeraar over de te volgen koers in een dossier.
- Beperkingen van de vrije advocaatkeuze door de hoogte van vergoedingen van advocaatkosten: de gegarandeerde kostenvergoedingen zijn wel toereikend gezien hoe deze zich verhouden tot de (nog lagere) vergoedingen in toevoegingszaken. Daarbij komt dat, evenals bij gefinancierde rechtshulp, er een maatschappelijk belang gemoeid is bij deze rechtshulpverlener, zodat advocaten bij dienstverlening op basis van een rechtsbijstandverzekering hun tarieven moeten matigen en concreter (inzichtelijker) moeten maken. Ten slotte hebben advocaten er voordeel bij dat zij een dossier in behandeling krijgen dat in de minnelijke fase reeds is bewerkt door de verzekeraar; een deel van het werk is dan reeds verricht.
- Het aandragen van een advocaat door rechtsbijstandverzekeraar voor verzekerden: hier wordt opgeworpen dat het aanbevelen van een advocaat door rechtsbijstandverzekeraar juist een wezenlijke service van de rechtsbijstandverzekering betreft. Verzekerden kennen immers veelal niet een geschikte advocaat.

Tegelijkertijd heeft Bouquin een aantal punten van de advocatuur en overheid in zoverre onderkend dat hij ter zake verbeteringen voor de praktijk heeft voorgesteld. Het betreft hier met name voorstellen ter verbetering van zichtbaarheid en informatievoorziening omtrent de rechtsbijstandverzekering, het inzichtelijker maken van de buitengerechtelijke rechtsbijstandverlening, het evalueren van de hoogte van de advocaatkosten op sommige verzekeringen en het eenduidig vastleggen dat verzekerde recht heeft op vergoeding van advocaatkosten binnen de grenzen van de verzekeringsdekking.

Enkele adviezen van Bouquin verdienen bijzondere aandacht.<sup>767</sup> Ten eerste adviseerde hij de FFSA om bepaalde aanbevelingen van de Commission des clauses

rapport van Bouquin, zie Bouquin 2004, p. 17 e.v. Bouquin stelt in dat verband dat de dubbele garanties tot op zekere hoogte onvermijdelijk zijn maar dat de daarmee gemoeide kosten minimaal zijn, respectievelijk dat de klanttevredenheidscijfers hoog zijn en dat weinig klachten bekend zijn.

767. Bouquin 2004, p. 24-27.

abusives over te nemen, namelijk die ten aanzien van het verval van het recht op rechtsbijstand vanwege te late melding of de voorbarige inschakeling van een advocaat. Ten tweede is opvallend dat Bouquin adviseerde om de geschillenregeling te vereenvoudigen. De toepasselijke procedure via de Tribunal de grand instance was betrekkelijk zwaar. Bouquin adviseerde daarom om verzekerden toe te staan — zoals in Nederland gebruikelijk is — op kosten van verzekeraar een derde te consulteren voor een second opinion over de behandeling door de rechtsbijstandverzekeraar (of het schaderegelingskantoor). Hij merkte daarbij terecht op dat het alsdan niet wenselijk is dat de adviserende advocaat daarna ook namens verzekerde een procedure voert. Ten slotte bracht Bouquin onder de aandacht de vraag of het opportuun is om een professionele gedragsnorm aan te leggen voor (de service van) rechtsbijstandverzekeraars.

Gezien de conflicterende standpunten van de regering en advocatuur enerzijds en verzekeraars anderzijds bestond er behoefte aan doorbreking van de impasse. Deze kwam er met een wetsvoorstel van een aantal senatoren op 23 november 2006 ter hervorming van de rechtsbijstandverzekering.<sup>768</sup> Doel van dit wetsvoorstel was hoofdzakelijk het borgen van de verzekerde prestatie van rechtsbijstand (art. 1), het vastleggen van de condities waarop de verzekeraar een advocaat mag aandragen (art. 2) en het bevestigen van het principe dat advocaat en verzekerde onafhankelijk, zonder bemoeienis van de verzekeraar, kunnen komen tot prijsafspraken (art. 3):

‘Il est ainsi devenu essentiel de clarifier les conditions dans lesquelles, d'une part, la garantie est engagée (article 1er) et, d'autre part, un avocat peut être recommandé à l'assuré (article 2). En outre, le régime de fixation de l'honoraire doit être revu afin de garantir la liberté de choix de l'avocat prévue par la directive (article 3).’

Het wetsvoorstel werd instemmend ontvangen, in hoofdlijnen overgenomen en verder aangevuld met een aantal amendementen. Aldus de senaatsrapporteur Y. Détraigne is met het wetsvoorstel een balans bereikt tussen de wens tot het versterken van de rol van de advocaat in het proces van de buitengerechtelijke bijstand aan verzekerden en het voorkomen van bovenmatige kostenstijgingen van rechtsbijstandverzekeringen.<sup>769</sup>

‘Le rapporteur a mis en avant que les avancées proposées répondaient à une demande ancienne de la commission des lois, laquelle demande avec constance depuis plusieurs années dans ses avis budgétaires, une plus grande implication de la profession d'avocat pour les missions accomplies au titre de l'assurance de protection juridique. Il a souligné le caractère limité et technique des aménagements proposés, expliquant qu'ils n'avaient pas pour objet de porter atteinte au rôle -premier- des assureurs dans la gestion des sinistres en phase amiable ni de les cantonner à un rôle purement indemnitaire de tiers payant.’

768. Propositions des Loi no. 85 & 86 opgenomen in het proces-verbaal van de senaatszitting van 23 november 2006 (opvraagbaar via [www.senat.fr](http://www.senat.fr)).

769. Verslag van debat van 17 januari 2007 — Assurances de protection juridique — Examen du rapport ([www.senat.fr](http://www.senat.fr)).

Het wetsvoorstel werd ten slotte gecompleteerd met een belangrijk amendement, voorgesteld door rapporteur Détraigne, waarmee de rechtsbijstandverzekering complementair werd gemaakt aan de gefinancierde rechtshulp.<sup>770</sup> Het geamendeerde wetsvoorstel is vervolgens aangenomen in de senaat op 23 januari 2007 en daarna op 8 februari 2007 in de Assemblée Nationale. Op 19 februari 2007 werd derhalve de 'réforme' van de rechtsbijstandverzekering gerealiseerd bij wet van de Loi 2007-210. De navolgende wetswijzigingen zijn daarbij gerealiseerd.

1. *Gewijzigd startmoment van het 'geschil' (de garantie onder de rechtsbijstandverzekering)*

'Art. L. 127-2-1.: Est considéré comme sinistre, au sens du présent chapitre, le refus qui est opposé à une réclamation dont l'assuré est l'auteur ou le destinataire.

Art. L. 127-2-2.: Les consultations ou les actes de procédure réalisés avant la déclaration du sinistre ne peuvent justifier la déchéance de la garantie. Toute clause contraire est réputée non écrite.

Cependant, ces consultations et ces actes ne sont pas pris en charge par l'assureur, sauf si l'assuré peut justifier d'une urgence à les avoir demandés.'

Aldus wordt een nieuw equilibrium bereikt waarbij enerzijds tegemoet wordt gekomen aan de wens van concretisering van het moment waarop een verzekerde een aanspraak geldend kan maken onder zijn rechtsbijstandverzekering. Daarmee werd tegelijkertijd beoogd een (te) gemakkelijk beroep van verzekeraar op te late melding te verhinderen. Anderzijds werd duidelijk gesteld dat gemaakte advieskosten van een advocaat vóór melding bij de rechtsbijstandverzekeraar in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking komen.

2. *Vergrote inmenging van de advocaat in de buitengerechtelijke fase*

'Art. L. 127-2-3.: L'assuré doit être assisté ou représenté par un avocat lorsque son assureur ou lui-même est informé de ce que la partie adverse est défendue dans les mêmes conditions.'

Een belangrijke, hieronder nader te bespreken, maatregel is het onderkennen en vergroten van de rol van de advocaat in de buitengerechtelijke fase. De strikte conditie waaronder verplichte keuze van advocaat moet worden geboden aan verzekerden is de omstandigheid dat de wederpartij van verzekerde wordt bijgestaan door een advocaat. Zoals hierna nog wordt besproken in paragraaf 9.4.5 maken rechtsbijstandverzekeraars in grote mate gebruik van de mogelijkheid om zonder advocaten verzekerden

770. Het rapport van senator M. Yves Détraigne, 'Justice et accès au droit' (2007), p. 27 ([www.senat.fr](http://www.senat.fr)).



bij te staan in de buitengerechtelijke fase. Deze maatregel bakent deze praktijk gedeeltelijk af. In het wetsvoorstel wordt een en ander onderbouwd met de argumenten dat een gelijk speelveld wordt bewerkstelligd (equality of arms) alsmede dat het de vertrouwelijkheid van buitengerechtelijke correspondentie bevordert (confraternale correspondentie van advocaten).<sup>771</sup>

3. *Verplichting van een voorafgaand schriftelijk verzoek van verzekerde ter zake het voorstellen van een advocaat door verzekeraar*

Aanvulling van artikel L. 127-3 met een zinsnede:

‘L’assureur ne peut proposer le nom d’un avocat à l’assuré sans demande écrite de sa part.’

Aldus wordt tegemoet gekomen aan bezwaren dat vanuit verzekeraars teveel actief gestuurd werd op gelieerde netwerkadvocaten. Dit werd eveneens gezien als een inperking van het recht van vrije advocaatkeuze.

4. *Exclusiviteit van honorariumafspraken tussen verzekerde en de advocaat*

‘Art. L. 127-5-1.: Les honoraires de l’avocat sont déterminés entre ce dernier et son client, sans pouvoir faire l’objet d’un accord avec l’assureur de protection juridique.’

Met deze bepaling wordt gebroken met de praktijk waarin rechtsbijstand-verzekeraars veelal tevoren tariefafspraken hadden gemaakt met netwerkadvocaten.<sup>772</sup> Deze bepaling verbiedt dit voortaan. De wetgever heeft dit verbod onderbouwd met verwijzing naar de wet uit 1971 Loi 71-1130, artikel 10, inzake de vaststelling van honoraria tussen (enkel) de advocaat en zijn cliënt: ‘les honoraires de consultation, d’assistance, de conseil et de rédaction d’actes juridiques sous seing privé et de plaidoirie, sont fixés d’un commun accord avec le client’.<sup>773</sup> Derhalve werd de zo gegroeide praktijk van tarief- en volumeafspraken tussen verzekeraars en advocaten gezien als inbreuk op de vrijheid van advocaat en cliënt (verzekerde) om ter zake honorariumafspraken te maken.

5. *Vorrangsregel van vergoede proceskosten ten behoeve van verzekerde*

‘Art. L. 127-8.: Le contrat d’assurance de protection juridique stipule que toute somme obtenue en remboursement des frais et des honoraires exposés pour le règlement du litige bénéficie par priorité à l’assuré pour les

771. Zie rapport van senator M. Yves Détraigne, ‘Justice et accès au droit’ (2007), p. 35 (www.senat.fr).

772. Lamy 2014, nr. 3862.

773. Rapport van senator M. Yves Détraigne, ‘Justice et accès au droit’ (2007), p. 39 (www.senat.fr).

dépenses restées à sa charge et, subsidiairement, à l'assureur, dans la limite des sommes qu'il a engagées.'

Met deze voorrangregel is geborgd dat verzekerde eerst zijn gemaakte kosten terugkrijgt in plaats van verzekeraar.

6. *Prioriteit van rechtsbijstandverzekering bij een beroep op de gefinancierde rechtshulp*

Aanvulling van artikel 2 van de Loi no 91-647 du 10 juillet 1991 ter zake gefinancierde rechtshulp:

'L'aide juridictionnelle n'est pas accordée lorsque les frais couverts par cette aide sont pris en charge au titre d'un contrat d'assurance de protection juridique ou d'un système de protection.'

Deze laatste maatregel betekent een belangrijke verandering van het stelsel. Deze brengt mee dat de overheid in belangrijke mate wordt ontlast. Is er een rechtsbijstandverzekeraar aan te spreken door een burger, dan gaat deze voor op de verplichting van de overheid om te voorzien in kosten van rechtsbijstand.

De 2007 Réforme brengt voor de rechtsbijstandverzekering een ingrijpende hervorming mee, waarbij de rechtsbijstandverzekeraar lijdelijk(er) is gemaakt. Terwijl enkele knelpunten aangaande de rechtsbijstandverzekering en de gefinancierde rechtshulp zijn doorbroken, zijn enkele juridische auteurs kritisch over de wetswijzigingen.<sup>774</sup> In hun kritieken wordt met name naar voren gebracht dat de capaciteiten van en waarborgen omtrent rechtsbijstandverzekeringsjuristen in vergelijking met advocaten ten onrechte in twijfel worden getrokken. Ook wordt erop gewezen dat het verbod op tariefafspraken tussen de rechtsbijstandverzekeraar en de (netwerk)advocaat uiteindelijk ten laste komt van verzekerden. Men kan zich inderdaad afvragen of de nieuwe situatie, waarin verzekerde volledig zelfstandig een tariefafpraak maakt met diens advocaat, een verbetering voor hem oplevert. De kans is immers reëel dat verzekerde na het voeren van een procedure uiteindelijk met aanzienlijke restkosten blijft zitten. Voor de 2007 Réforme kon verzekerde dit voorkomen door voor een door verzekeraar aanbevolen netwerkadvocaat te kiezen. Hoewel daaruit een prikkel voortvloeit naar verzekerde, draagt verzekerde nu een eigen verantwoordelijkheid omtrent de bekostiging van zijn rechtsbijstand, bijvoorbeeld wat betreft zijn keuze voor een duurdere of minder dure advocaat (zie verder paragraaf 9.4.8 hierna omtrent kostenvergoedingen onder de rechtsbijstandverzekering in Frankrijk).

774. Groutel 2007, p. 3, Cerveau 2006, p. 215-229. Zie ook Lamy 2014, nr. 3862. In positieve zin, zie Dusseau & Vuillon 2007, p. 3-4.

### 9.4.5 Prestatie van de rechtsbijstandverzekeraar

Ook in Frankrijk bestaat een wettelijke definitie van de rechtsbijstandverzekering. In Frankrijk ontbreken, anders dan Duitsland en Oostenrijk, modelvoorwaarden. Contractuele tussen verzekeraars en verzekerden — de reikwijdte van rechten en verplichtingen van verzekerden — verschillen derhalve sterk van verzekeraar tot verzekeraar. Artikel L 127-1 Code des Assurances bepaalt in grote mate overeenkomstig artikel 2 van Richtlijn 87/344/EEG (vergelijk art. L 224-1 Code de la Mutualité):

‘Est une opération d'assurance de protection juridique toute opération consistant, moyennant le paiement d'une prime ou d'une cotisation préalablement convenue, à prendre en charge des frais de procédure ou à fournir des services découlant de la couverture d'assurance, en cas de différend ou de litige opposant l'assuré à un tiers, en vue notamment de défendre ou représenter en demande l'assuré dans une procédure civile, pénale, administrative ou autre ou contre une réclamation dont il est l'objet ou d'obtenir réparation à l'amiable du dommage subi.’

In Frankrijk is het servicecomponent van rechtsbijstandverzekeraars dominerend dan in Duitsland — waar de service van de rechtsbijstandverzekeraar grotendeels ontbreekt — en zelfs Oostenrijk. Franse rechtsbijstandverzekeraars zijn erg actief betrokken in de rechtsbijstandverlening ter zake de buitengerechtelijke fase, hetgeen sterk naar voren kwam tijdens de totstandkoming van Richtlijn 87/344/EEG maar ook bij de hiervoor besproken aanloop naar de 2007 Réforme.<sup>775</sup> Daarentegen is het recht van rechtsbijstandverzekeraars om verzekerden bij te staan in de buitengerechtelijke fase bij wet verdergaand beperkt dan in artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG het geval is. Artikel L 127-3 van de Code des Assurances (vergelijk art. L224-3 Code de la Mutualité) bepaalt namelijk:

‘Tout contrat d'assurance de protection juridique stipule explicitement que, lorsqu'il est fait appel à un avocat ou à toute autre personne qualifiée par la législation ou la réglementation en vigueur pour défendre, représenter ou servir les intérêts de l'assuré, dans les circonstances prévues à l'article L. 127-1, l'assuré a la liberté de le choisir.

Le contrat stipule également que l'assuré a la liberté de choisir un avocat ou, s'il le préfère, une personne qualifiée pour l'assister, chaque fois que survient un conflit d'intérêt entre lui-même et l'assureur.

Aucune clause du contrat ne doit porter atteinte, dans les limites de la garantie, au libre choix ouvert à l'assuré par les deux alinéas précédents.

L'assureur ne peut proposer le nom d'un avocat à l'assuré sans demande écrite de sa part.’

<sup>775</sup>. Zie paragraaf 9.4.4 hiervoor.

Het recht van verzekerden om een rechtshulpverlener te kiezen is dus ruimer dan enkel het recht om ter zake een gerechtelijke of administratieve procedure een rechtshulpverlener te kiezen, zoals sinds het arrest HvJ EU *Sneller* de vigerende uitleg is geworden. Dit betekent derhalve dat een verzekerde ook het recht van vrije advocaatkeuze heeft buiten de gerechtelijke of administratieve fase, zulks *wanneer een advocaat wordt ingeschakeld* voor rechtsbijstand. Echter, daarbuiten is het moment waarop een advocaat of andere rechtshulpverlener wordt ingeschakeld in de buitengerechtelijke fase aan verzekeraar en verzekerde gelaten, zulks met de mogelijkheid van een beroep van verzekerde op de geschillenregeling indien daarover een discussie ontstaat.

De gekozen formulering komt daarom grotendeels overeen met een formulering zoals in Nederlandse rechtsbijstandverzekeringen veelal werd gehanteerd (vergelijk artikel 4:67 Wft (oud) ‘indien... wordt gevraagd’). Het belangrijke verschil is echter dat in Nederland de inschakeling van een advocaat behoudens een geval van een belangenconflict (twee verzekerden bij dezelfde maatschappij) vrijwel non-existent is. Om twee redenen is het recht van vrije advocaatkeuze in Frankrijk veel ruimer dan in Nederland.

De rechtsbijstandverzekeraar treedt niet in rechte op voor verzekerden zodat verzekerden steeds een advocaat moeten kiezen voor rechtsbijstand in een procedure. Frankrijk kent dus allereerst een ruimer procesmonopolie. Artikel 4 van de Loi no 71-1130 bepaalt daartoe namelijk:<sup>776</sup>

‘Nul ne peut, s’il n’est avocat, assister ou représenter les parties, postuler et plaider devant les juridictions et les organismes juridictionnels ou disciplinaires de quelque nature que ce soit, sous réserve des dispositions régissant les avocats au Conseil d’Etat et à la Cour de cassation.

Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à l’application des dispositions législatives ou réglementaires spéciales en vigueur à la date de publication de la présente loi et, notamment, au libre exercice des activités des organisations syndicales régies par le code du travail ou de leurs représentants, en matière de représentation et d’assistance devant les juridictions sociales et paritaires et les organismes juridictionnels ou disciplinaires auxquels ils ont accès.

Nul ne peut, s’il n’est avocat, assister une partie dans une procédure participative prévue par le code civil.’

Op deze regel van procesmonopolie zijn — ook in rechte — enkele uitzonderingen van toepassing. Het is namelijk in specifieke gevallen toegestaan dat procespartijen zich laten bijstaan door een niet-advocaat, bijvoorbeeld in civiele zaken bij het aantonen van een (incidentele) speciale volmacht.<sup>777</sup> Het is echter de advocaat die

776. Loi de Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, gewijzigd door artikel 12 van de Loi no 2011-94 van 25 januari 2011.

777. Zie artikel 827, 828 en 853 du Code de Procédure civile; artikel 544 Code de Procédure pénale; artikel R.1453-3 Code du Travail en artikel R.142-20 du Code de la Sécurité sociale.

beroepshalve structureel de bevoegdheid heeft om beroepshalve in rechte op te treden voor procespartijen.

Een tweede uitzondering van aanmerkelijk recentere datum is dus gecreëerd door de réforme van de rechtsbijstand verzekering in 2007 vanwege de Loi 2007-210. Inmiddels moet verzekerde het recht hebben om zijn advocaat te kiezen wanneer de wederpartij ook door een advocaat wordt bijgestaan. De implicaties hiervan moeten niet worden onderschat. Net als in Nederland het geval was voor de uitspraak van de HvJ EU inzake *Sneller* was immers de verplichting tot inschakeling van de advocaat geclausuleerd met de voorwaarde dat een vrije keuze geldt *wanneer* de advocaat [door de verzekeringsmaatschappij] werd ingeschakeld. In Frankrijk werd deze praktijk niet door de rechtspraak maar door de wetgever aan banden gelegd via de Loi 2007-210.

Ondanks de twee voornoemde beperkingen op de exclusiviteit van de rechtshulpverlening van rechtsbijstandverzekeraars zijn er juridisch en de facto ruimschoots mogelijkheden over voor dienstverlening in de buitengerechtelijke fase. Het beroep van de jurist van de rechtsbijstandverzekeraar of het schaderegelingskantoor is wettelijk dan ook verankerd. Artikel 59 van de Loi 71-1130 bepaalt dat deze juristen juridische adviezen mogen geven en transacties mogen sluiten voor verzekerden.<sup>778</sup> Ook het wettelijk beroepsgeheim is voor juristen van rechtsbijstandverzekeraars en schaderegelingskantoren geborgd, zodat deze daarmee in de buitengerechtelijke fase in een vergelijkbare positie als advocaten verkeren, met dien verstande dat de jurist niet in eigen naam maar namens de verzekeringsmaatschappij handelt.<sup>779</sup> Ten slotte borgt artikel 54 van de Loi 71-1130 dat de jurist door middel van het bezitten van een diploma Rechten of een equivalent afdoende kwalificaties heeft voor het geven van juridische adviezen.<sup>780</sup>

Ook in de praktijk maken rechtsbijstandverzekeraars in Frankrijk ruimschoots gebruik van de wettelijke mogelijkheden van buitengerechtelijke dienstverlening ('résoudre les litiges à l'amiable').<sup>781</sup> In 2007 werd geschat dat zo'n 70% van de geschillen behandeld onder de garantie van een rechtsbijstandverzekering uitmondde in een buitengerechtelijke regeling zonder tussenkomst van een advocaat, waarmee de dienstverlening van de rechtsbijstandverzekeraar of het schaderegelingskantoor als een volwaardig en efficiënte service werd onderkend.<sup>782</sup> De gevolgen van de Réforme van 2007, de verruiming van de inschakeling van de advocaat in het buitengerechtelijke kader, worden gemarginaliseerd. Geschat wordt dat slechts in 5% van de gevallen er sprake is van bijstand van verzekerde en wederpartij door een

778. De wettelijke reglementering van de rechtsbijstandjurist vloeit verder voort uit de artikelen L 322-2-3 en R 322-1 Code des Assurances respectievelijk de artikelen L 224-7 en R 211-19 Code de la Mutualité voor de mutuelles.

779. Cerveau 2007, p. 8.

780. Zie Cerveau 2006, p. 107-109.

781. Zie Bouquin 2004, p. 8.

782. Rapport van senator M. Yves Détraigne, 'Justice et accès au droit' (2007), p. 15-16 ([www.senat.fr](http://www.senat.fr)). De percentages lopen uiteen met een hoog percentage bij consumentengeschillen (85%) en andere rechtsgebieden die meteen aan de rechter worden voorgelegd, derhalve zonder dat er dienstverlening van de rechtsbijstandverzekeraar aan te pas komt.

advocaat in de buitengerechtelijke fase, zulks meestal wanneer er commerciële belangen in het spel zijn.<sup>783</sup>

Het bijstandstraject in de buitengerechtelijke fase, met rechtshulpverlening door verzekeraar of een schaderegelingskantoor, kan grofweg in vier fasen worden geschetst.<sup>784</sup> Deze zijn als volgt:

- Preventief consult van verzekerde: feitelijk betreft het hier dus nog geen (gedekt) verzoek van verzekerde binnen de garantie van de rechtsbijstandverzekering conform de definitie van artikel 2 Richtlijn 87/344/EEG.
- Juridisch advies omtrent de rechtspositie van verzekerde (veelal schriftelijk).
- Rechtsbijstand: juridische middellijke vertegenwoordiging van verzekerde ten opzichte van een derde (de wederpartij).
- (Eventueel) het bereiken van een minnelijke regeling.

Dit overzicht van het dossiervoorloop betreft evenwel geen vast stramien waarin rechtsbijstandverzekeraar *altijd* een verzekerde bijstaat. Immers, wanneer de wederpartij van verzekerde bij wordt gestaan, verschaft de wet verzekerde het recht om ook een advocaat te kiezen voor zijn bijstand. Maar ook omwille van de mate van vereiste specialistische kennis, kan de rechtsbijstandverzekeraar het wenselijk achten om een advocaat in te schakelen, waarbij de keuze dan aan verzekerde moet worden gelaten.<sup>785</sup> Er is hier dus vaak sprake van een glijdende schaal, waarbij verzekeraars — zoals hiervoor reeds geschetst — geneigd zijn om de rechtsbijstand zoveel mogelijk zelf ter hand te nemen. Verzekerde zal daarom de verzekeringsvoorwaarden moeten raadplegen om te bezien wanneer hij buitengerechtelijk van de verzekeraar de inschakeling van een advocaat kan verlangen.<sup>786</sup>

Als in dit traject de bijstand van verzekerde niet resulteert in een regeling of anderszins de zaak is afgewikkeld, gaat de zaak over in het gerechtelijke of procedurele traject. Oftewel de bijstand vloeit over in ‘assistance judiciaire’ waarbij ingevolge van artikel 4 van Loi 71-1130 deze (in ieder geval) moet worden overgedragen aan een advocaat (of andere conform het procesrecht toegestane rechtshulpverlener). De rechtsbijstandverzekeraar transformeert dan in een kostenverzekeraar.

Wanneer tijdens de rechtshulpverlening door of krachtens rechtsbijstandverzekeraar discussie ontstaat over het moment van inschakeling inschakeling van een advocaat, kan verzekerde een beroep doen op de geschillenregeling. De geschillenregeling is in Frankrijk vervat in artikel L 127-4 Code des Assurances respectievelijk L 224-4 Code de la Mutualité.

#### ‘L 127-4 Code des Assurances

Le contrat stipule qu’en cas de désaccord entre l’assureur et l’assuré au sujet de mesures à prendre pour régler un différend, cette difficulté peut

783. Cerveau 2007, p. 9.

784. Zie rapport van senator M. Yves Détraigne, ‘Justice et accès au droit’ (2007), p. 33-34 ([www.senat.fr](http://www.senat.fr)); Cerveau 2006, p. 104-106; Lamy 2014, p. 1664-1665.

785. Zie Lamy 2014, nr. 3861.

786. Lamy 2014, nr. 3861.

être soumise à l'appréciation d'une tierce personne désignée d'un commun accord par les parties ou, à défaut, par le président du tribunal de grande instance statuant en la forme des référés. Les frais exposés pour la mise en oeuvre de cette faculté sont à la charge de l'assureur. Toutefois, le président du tribunal de grande instance, statuant en la forme des référés, peut en décider autrement lorsque l'assuré a mis en oeuvre cette faculté dans des conditions abusives.

Si l'assuré a engagé à ses frais une procédure contentieuse et obtient une solution plus favorable que celle qui lui avait été proposée par l'assureur ou par la tierce personne mentionnée à l'alinéa précédent, l'assureur l'indemnise des frais exposés pour l'exercice de cette action, dans la limite du montant de la garantie.

Lorsque la procédure visée au premier alinéa de cet article est mise en oeuvre, le délai de recours contentieux est suspendu pour toutes les instances juridictionnelles qui sont couvertes par la garantie d'assurance et que l'assuré est susceptible d'engager en demande, jusqu'à ce que la tierce personne chargée de proposer une solution en ait fait connaître la teneur.'

Het artikel maakt onderscheid tussen twee manieren waarop het geschil tussen verzekerde en verzekeraar kan worden beslecht: door middel van een door partijen aangewezen derde of door de president van de rechtbank in eerste aanleg. Bovendien stelt het artikel buiten twijfel dat als verzekerde, het negatieve advies ten spijt, in rechte een beter resultaat bereikt, hij de daartoe gemaakte kosten krijgt met inachtneming van de regeling in de verzekeringsvoorwaarden omtrent restitutie van kosten.

Vóór de implementatie van Richtlijn 87/344/EEG hanteerden verzekeraars reeds verzekeringsvoorwaarden waarin de garantie van rechtsbijstand en te maken kosten afhankelijk werden gesteld van de haalbaarheid van het standpunt van verzekerde in zijn zaak. In jurisprudentie is er daarbij vooral een punt van gemaakt in hoeverre de verzekeraar de haalbaarheid zuiver aan zijn eigen subjectieve oordeel overlaat ('potestatieve voorwaarde').<sup>787</sup> De lijn die daarbij kan worden ontwaard is dat het de rechtsbijstandverzekeraar is toegelaten om de juridische haalbaarheid (objectief) te beoordelen in dossiers omdat (1) de juridische haalbaarheid niet afhankelijk is van enkel de zuivere wil van verzekerde, (2) verzekeraar verantwoordelijk is voor de prudente aanwending van premie-inkomsten ten behoeve van het collectief van verzekerden<sup>788</sup> en (3) een dergelijke filter op juridische haalbaarheid een overbelasting van de rechtspraak voorkomt. De rechtsbijstandverzekeraars hebben in de praktijk, om kritiek op het risico van willekeur te doen verstommen, reeds in hun verzekeringsvoorwaarden opgenomen dat een verzekerde alsnog een vergoeding

787. Zie Lamy 2014, nr. 3870 met verwijzing naar rechtspraak. De inhoudelijke toets ten aanzien van de bestreden voorwaarde van verzekeraar wordt aangelegd door artikel 1174 Code Civil. Vergelijk CA Lyon 26 oktober 1950, RGAT 1950, p. 365.

788. Vergelijk Schilasky 1998, p. 23.

krijgt overeenkomstig de verzekeringsvoorwaarden wanneer hij ondanks het negatieve advies van verzekeraar een gunstiger resultaat behaalt.<sup>789</sup>

De geschillenregeling heeft betrekking op geschillen omtrent de lijn van behandeling van de rechtsbijstandverzekeraar (of het schaderegelingskantoor) in het dossier.<sup>790</sup> Daarbij kunnen derhalve wel (het ontbreken van) bepaalde beslissingen ter discussie worden gesteld. Dekkingsaspecten zijn echter onttrokken aan de geschillenregeling. Anders dan hiervoor ten aanzien van Duitsland en Oostenrijk, lijken de criteria ter beoordeling van de haalbaarheid niet (gedeeltelijk) uitgekristalliseerd in jurisprudentie.

Ten slotte dient hier kort een merkwaardigheid te worden aangestipt van de Franse wettelijke geschillenregeling. De laatste alinea van de bepaling in de Code des Assurances en Code de la Mutualité bepaalt namelijk dat de termijnen in lopende procedures waarin verzekerde verwickeld is, in het onderliggende geschil waarin hij dekking verzocht heeft aan zijn rechtsbijstandverzekeraar, worden opgeschort in afwachting van de regeling van het dispuut tussen verzekerde en verzekeraar. Nu voor de geschillenregeling geen doorlooptijden zijn bepaald, leidt dit tot een diffuse situatie. Het verbaast derhalve niet dat deze opschortingsregeling in de literatuur is bekritiseerd.<sup>791</sup>

#### 9.4.6 Inrichting van de schaderegeling

Artikel L 322-2-3 Code des Assurances respectievelijk artikel L 224-7 Code de la Mutualité ten behoeve van non-profit verzekeraars (mutuelles) bevat de operationele maatregelen van artikel 3 lid 2 Richtlijn 87/344/EEG: de drie organisatorische opties van schaderegeling. Frankrijk heeft alle drie de opties opengesteld voor rechtsbijstandverzekeraars.

‘Article L 322-2-3 Code des Assurances

Les entreprises soumises au contrôle de l'Etat par l'article L. 310-1 qui pratiquent l'assurance de protection juridique optent pour l'une des modalités de gestion suivantes:

- les membres du personnel chargés de la gestion des sinistres de la branche "protection juridique" ou de conseils juridiques relatifs à cette gestion ne peuvent exercer en même temps une activité semblable dans une autre branche pratiquée par l'entreprise qui les emploie, ni dans une autre entreprise ayant avec cette dernière des liens financiers, commerciaux ou administratifs;
- les sinistres de la branche "protection juridique" sont confiés à une entreprise juridiquement distincte;

789. Cerveau 2006, p. 54; Lamy 2014, nr. 3870.

790. Idem.

791. Cerveau 2006, p. 55; Lamy 2014, nr. 3871.



- le contrat d'assurance de protection juridique prévoit le droit pour l'assuré de confier la défense de ses intérêts, dès qu'il est en droit de réclamer l'intervention de l'assurance au titre de la police, à un avocat ou à une personne qualifiée de son choix.

Les modalités d'application du présent article seront précisées par décret en Conseil d'Etat.'

'Article L 224-7 Code de la Mutualité

Les mutuelles ou unions qui pratiquent l'assurance de protection juridique peuvent opter pour l'une des modalités de gestion suivantes:

a) Soit les membres du personnel chargés de la gestion des remboursements de la branche protection juridique ou de conseils juridiques relatifs à cette gestion ne peuvent exercer en même temps une activité semblable dans une autre branche pratiquée par la mutuelle ou l'union qui les emploie, ni dans une autre mutuelle ou union ayant avec ces dernières des liens financiers ou administratifs;

b) Soit les remboursements de la branche "protection juridique" sont confiés à une mutuelle ou union juridiquement distincte.

Si elles ne font pas ce choix, alors le contrat d'assurance de protection juridique doit prévoir le droit, pour tout membre participant ou ayant droit, de confier la défense de ses intérêts, dès qu'il est en droit de réclamer l'intervention de l'assurance au titre du contrat, à un avocat ou à une personne qualifiée de son choix.'

Opvallend is dat anders dan in de Code des Assurances in de Code de la Mutualité slechts melding wordt gemaakt van verboden werkzaamheden van de schaderegelelaars met gelieerde maatschappijen met financiële en administratieve banden met de rechtsbijstandverzekeraar, en derhalve niet van commerciële banden. Dit hangt vermoedelijk samen met de aard van de mutualité ten opzichte van een 'commerciële' verzekeringsmaatschappij met winstoogmerk.

Hoewel aanvankelijk ook wel anders werd geopperd in de Assemblée Nationale, is bij de optie van het gescheiden beheer van de schaderegeling binnen de onderneming deze verplichting beperkt tot personeel belast met de schaderegeling en strekt het zich derhalve niet uit tot leidinggevenden.<sup>792</sup>

Introductie van de optie van gescheiden beheer binnen de onderneming van verzekeraar was in Frankrijk niet onproblematisch. De Franse hierboven beschreven

792. Zie Cerveau 1990, p. 48: kamerlid en rapporteur mw. Catala heeft in haar rapport namens de Commission des lois de l'Assemblée Nationale wel gewag gemaakt van de wenselijkheid van het uitsluiten van betrokken directieleden.

historie van *défense-recours* bij multibranche verzekeraars kende vanaf de jaren vijftig van de vorige eeuw een praktijk waarin belangenconflicten een allerdags fenomeen werden, hetgeen juist met Richtlijn 87/344/EEG werd bestreden. Men kan zich afvragen of de maatregel van gescheiden beheer, waarbij een scheiding binnen de onderneming zelf gepoogd wordt aan te brengen, afdoende waarborg is tegen belangenconflicten met betrekking tot de Franse multibranche verzekeraars die zich hadden bekwaamd in snelle, vereenvoudigde schadeafwikkeling buiten het zicht van verzekerden. De afgesproken conventies, meer specifiek de IRSA — bepaalden namelijk dat onderling regres of verhaal niet toegestaan was.<sup>793</sup> Een en ander klemte te meer waar het toezicht op naleving van deze maatregel binnen de verzekeringsonderneming reeds lastig is.<sup>794</sup>

De tweede mogelijkheid, uitbesteding aan een extern zelfstandig schaderegelingskantoor, kon in het kader van implementatie van Richtlijn 87/344/EEG rekenen op de meeste instemming.<sup>795</sup> Op grond van artikel R 322-1 Code des Assurances (respectievelijk art. R 211-19 Code de la Mutualité voor mutuelles) is de rechtsbijstandverzekeraar bij uitbesteding van de schaderegeling gehouden ervoor in te staan dat de medewerkers belast met schaderegeling bij dit schaderegelingskantoor niet tegelijkertijd vergelijkbare activiteiten uitoefenen voor rekening van een — aan dit schaderegelingskantoor — gelieerde maatschappij die een of meer andere verzekeringsbranches uitoefent. Daarnaast dient de rechtsbijstandverzekeraar ervoor in te staan dat directeurs van het schaderegelingskantoor niet tezelfdertijd eenzelfde functie bekleden bij een gelieerde verzekeringsmaatschappij die een of meer andere branches uitoefent.<sup>796</sup> Dit zelfstandige schaderegelingskantoor staat daarvoor dus niet onder controle maar de rechtsbijstandverzekeraar zelf. Het schaderegelingskantoor dient de (rechts)vorm van een verzekeringsmaatschappij een *société civil*, een *société commerciale* of een *groupement d'intérêt économique* te bezitten (art. R 322-1-2 Code des Assurances).

Ten slotte is ook de derde optie van artikel 3 lid 2, de vrije advocaatkeuze vanaf het moment dat verzekerde een beroep toekomt op zijn rechtsbijstandverzekering, opengesteld voor Franse verzekeraars (de kostenverzekering). Het zij opgemerkt dat, zoals in de vorige paragraaf reeds aan de orde kwam, deze modaliteit niet zonder meer in zwang is in Frankrijk.<sup>797</sup> Dit heeft ermee te maken dat de honoraria van advocaten, anders dan in Duitsland en Oostenrijk, niet zijn gereguleerd en dus lastiger te beheersen zijn.

Hoewel deze optie van de kostenverzekering aldus optioneel is, zij herhaald dat de *Réforme* van 2007 er alsnog voor heeft gezorgd dat de kostenverzekering gedeeltelijk verplicht is voor de buitengerechtelijke fase. Dit is evenwel het geval in zo-

793. Zie Cerveau 1990, p. 49. Artikel 401 IRSA: 'les sociétés adhérentes s'engagent à ne pas exercer entre elles de recours soit en leur nom en tant que subrogées soit au nom de leurs assurés au titre des préjudices matériels énumérés au Règlement d'Application Pratique pour chaque catégorie d'accidents concernés'.

794. Lamy 2014, nr. 3807.

795. Rapport mw. Catala, rapporteur Assemblée Nationale, zie Cerveau 1990, p. 49.

796. Zie met kritiek op de redactie van deze bepaling, Lamy 2014, nr. 3807 en 3810.

797. Cerveau 2006, p. 62-63.

verre de wederpartij van verzekerde wordt bijgestaan door een advocaat. Voor die situatie is de modaliteit van artikel 3 lid 2 onder c Richtlijn 87/344/EEG dus obligatoir geworden.

#### 9.4.7 Vrije advocaatkeuze

In artikel L 127-3 Code des Assurances respectievelijk L 224-3 Code de la Mutualité is het recht van vrije advocaatkeuze vervat. De bepaling luidt:<sup>798</sup>

‘Article L 127-3

Tout contrat d’assurance de protection juridique stipule explicitement que, lorsqu’il est fait appel à un avocat ou à toute autre personne qualifiée par la législation ou la réglementation en vigueur pour défendre, représenter ou servir les intérêts de l’assuré, dans les circonstances prévues à l’article L. 127-1, l’assuré a la liberté de le choisir.

Le contrat stipule également que l’assuré a la liberté de choisir un avocat ou, s’il le préfère, une personne qualifiée pour l’assister, chaque fois que survient un conflit d’intérêt entre lui-même et l’assureur.

Aucune clause du contrat ne doit porter atteinte, dans les limites de la garantie, au libre choix ouvert à l’assuré par les deux alinéas précédents.

L’assureur ne peut proposer le nom d’un avocat à l’assuré sans demande écrite de sa part.’

Het valt op dat de bepaling de formulering van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG enerzijds nauwkeurig volgt — ‘lorsqu’il est fait appel à un avocat’ — maar anderzijds de reikwijdte van de vrije advocatenkeuze uitbreidt tot buitengerechtelijke en administratieve procedures. Een verwijzing naar gerechtelijke en administratieve procedures ontbreekt immers in de bepaling. Dit verschil is bewust aangezien de Franse wetgever de werking van de bepaling inderdaad niet heeft willen beperken tot gerechtelijke en administratieve procedures.<sup>799</sup>

Deze discrepantie tussen de wet en de richtlijn levert een spanningsveld op tussen de dienstverlening van de verzekeraar enerzijds en die van de advocaat anderzijds. Dit wordt wel gerechtvaardigd met de ruimte in de definitiebepaling van artikel 2 Richtlijn 87/344/EEG (definitie van de rechtsbijstandverzekering), waar gespecificeerd is dat de verzekeraar zowel diensten levert als de (advocaat)kosten draagt. Derhalve is *het moment waarop* verzekerde zijn advocaat mag kiezen in het specifieke geval bepaald in de verzekeringsvoorwaarden, zulks met inachtneming van het wettelijke minimum: dat de verzekerde zijn advocaat mag kiezen steeds wanneer een advocaat wordt ingeschakeld door de verzekeraar of er sprake is van een belangenconflict.<sup>800</sup>

798. De bepalingen van de Code des Assurances en de Code de la Mutualité ter zake het vrije advocatenkeuzerecht zijn inhoudelijk identiek.

799. Cerveau 2006, p. 50; Lamy 2014, nr. 3861.

800. Idem.

Een situatie zoals die in Nederland aan de orde kwam in de zaak *Sneller tegen DAS* zal in Frankrijk niet voor hebben kunnen komen. In Frankrijk was en is, anders dan in Nederland, de bijstand in rechte immers geheel onttrokken aan de rechtsbijstandverzekeraar en het schaderegelingskantoor gezien het procesmonopolie van de advocaat, zulks behoudens specifieke uitzonderingen van de Loi 71-1130.<sup>801</sup>

Zoals ten aanzien van de 2007 réforme van de rechtsbijstandverzekering hiervoor behandeld, is de reikwijdte van het recht van vrije advocaatkeuze per 2007 buitengerechtelijke en administratieve procedures aanmerkelijk uitgebreid. Door middel van de invoering van een nieuwe bepaling, artikel L 127-2-3 Code des Assurances (art. L 224-2-3 Code de la Mutualité) geldt dan immers dat verzekerde (ook) het recht van vrije advocaatkeuze heeft wanneer zijn wederpartij wordt bijgestaan door een advocaat.

De Franse wettelijke bepaling van het recht van vrije advocaatkeuze bevat een vermeldenswaardige zinsnede: '*Aucune clause du contrat ne doit porter atteinte, dans les limites de la garantie, au libre choix ouvert à l'assuré par les deux alinéas précédents.*' De hier onderstreepte passage ontbrak in de initiële ontwerp tekst van het wetsvoorstel. Tijdens de behandeling in de senaat van het wetsvoorstel voor Loi 89-1014 heeft de rapporteur een amendement ingediend ter aanvulling van de bepaling. Met de zinsnede '*dans les limites de la garantie*' wordt buiten twijfel gesteld dat het rechtsbijstandverzekeraars is toegelaten dekkingsbeperkingen aan te brengen ten aanzien van de vergoeding van advocaatkosten, zulks in overeenstemming met de interpretatieve verklaring toegevoegd aan het proces-verbaal van de zitting van de Raad van de Europese Economische Gemeenschappen ten tijde van het aannemen van Richtlijn 87/344/EEG.<sup>802</sup>

Het Cour de Cassation heeft in 1999 een belangwekkend arrest gewezen over de geldigheid van dekkingsbeperkingen in verzekeringsvoorwaarden ten aanzien van de te vergoeden advocaatkosten.<sup>803</sup> In dit arrest heeft het cassatiehof uitspraak gedaan over de toepassing van een voorwaarde waaronder verzekerde als hij afstand deed van zijn recht van vrije advocaatkeuze *of indien verzekeraar uitdrukkelijk instemde met de door verzekerde gekozen advocaat*, verzekeraar onbeperkt de kosten van de advocaat vergoedde (en er derhalve geen kostenmaximum werd gehanteerd). Koos verzekerde evenwel voor een niet door de verzekeraar goedgekeurde advocaat, dan werden de advocaatkosten slechts gedragen tot een in de verzekeringsvoorwaarden bepaald maximum (in dit geval FF 3.000). In deze zaak voor het cassatiehof zag een verzekerde hierin een beperking van het recht van vrije advocaatkeuze, enerzijds op grond van een schending van artikel L 127-3 Code des Assurances, anderzijds omdat verzekeraar zich het recht voorbehield om, in een voorkomend geval, te

801. Zie ook specifiek ten aanzien van het arrest HvJ EU *Sneller/DAS Nederlandse Rechtsbijstand Verzekeringsmaatschappij*, Cerveau 2013, p. 3900-3901.

802. Cerveau 2006, p. 52.

803. CC Civ I, 15 juli 1999, nr. 97.10.725, *Bull. Civil*, nr. 233. Zie ook GP, Rec 2000-Doctr, p. 1686 met noot Cerveau. Zie ook Cerveau 2000, p. 5, ten aanzien van het economische belang van verzekeraar om de kosten te maximaliseren.

beoordelen of hij instemt met de advocaat met als bijkomend gevolg dat er dan een ruimere dekking geldt (een potestatieve voorwaarde).

Het Cour de Cassation heeft, ten aanzien van de primaire stelling dat er sprake was van strijd met artikel L 127-3 Code des Assurances, overwogen dat deze bepaling juist inhoudt *dat* het verzekeraar is toegestaan om maxima aan te brengen ten aanzien van de hoogte van de te vergoeden advocaatkosten.<sup>804</sup>

Ook het tweede argument van verzekerde vond geen gehoor bij het Cour de Cassation. Hij overwoog daartoe dat er geen sprake is van een potestatieve voorwaarde omdat bij de gekozen formulering van de bestreden verzekeringsvoorwaarde de verzekeraar er niet aan ontkomt om advocaatkosten te moeten vergoeden, zij het dat bij een vrijelijk gekozen, niet door verzekeraar goedgekeurde, advocaat de kosten (slechts) worden vergoed tot een bepaald maximum.

Deze motivatie van het Cour de Cassation, dat er alsdan geen sprake is van een potestatieve voorwaarden is — naar mijn mening terecht — bekritiseerd.<sup>805</sup> Hoewel het niet om de gehele garantie gaat die aan een uitgestelde goedkeuring van verzekeraar is onderworpen, betreft het hier desondanks een wezenlijk deel van de prestatie van verzekeraar dat voor verzekerde derhalve onzeker en afhankelijk gesteld is van het enkele, subjectieve, oordeel van verzekeraar. In de bestreden bepaling die onderwerp was van de procedure waren de criteria waarvan de goedkeuring van de door verzekerde gekozen advocaat afhankelijk was van tevoren niet kenbaar gemaakt door verzekeraar. Zodoende is vanuit het oogpunt van verzekerde dus een belangrijke prestatie onder de rechtsbijstandverzekering onderworpen aan onduidelijke en subjectieve (interne) criteria van de verzekeraar, hetgeen veel onzekerheid meebrengt voor verzekerde.

Naast dat de bepaling een grillig en arbitrair karakter draagt, kan worden gesteld dat een dergelijke bepaling buitenproportionele druk op verzekerde uit kan oefenen om voor een door verzekeraar aanbevolen advocaat te kiezen. Daarom had het Cour de Cassation hier allicht beter de toets kunnen aanleggen die het BGH in zijn arrest van 4 december 2013 hanteerde. Dan is derhalve de toets of de verzekeringsvoorwaarde waarin de vrije advocaatkeuze wordt beperkt, leidt tot een overwegende psychologische druk om afstand te doen van zijn vrije advocaatkeuze en verzekeraar de keuze van advocaat te laten.<sup>806</sup>

Vóór de Réforme 2007 schakelde de rechtsbijstandverzekeraar regelmatig, met instemming van verzekerde, een netwerkadvocaat in voor de bijstand van verzekerde. De hervorming van 2007 heeft hieraan een einde gemaakt. Voortaan is het de rechtsbijstandverzekeraar niet meer toegestaan om honorariumafspraken te maken met advocaten (zie artikel L 125-5-1 Code des Assurances en L 224-5-1 Code de la Mutualité). Hoewel dit de onafhankelijke positie van de advocaat allicht ten goede komt, wordt in twijfel getrokken of verzekerden hier baat bij hebben.<sup>807</sup> Immers,

804. Zie ook Bonnard 2000, p. 345.

805. Krajewski 2001, p. 1057 e.v.; Bonnard 2000, p. 343 e.v. In positieve zin, Cerveau 2000, p. 4 e.v.

806. BGH 4 december 2013, NJW 2014, 630. Zie paragraaf 9.2.6 ten aanzien van Duitsland.

807. Lamy 2014, nr. 3862; Cerveau 2006, p. 226-228.

omdat het de verzekeraar sinds 2007 verboden is om tariefafspraken te maken met de advocaat, riskeren verzekerden om na aftrek van de door verzekeraar vergoede kosten significante eigen bijdragen te moeten betalen. Ook is de figuur van de ‘netwerkadvoocaat’, de advocaat waarmee de verzekeraar volume- en tariefafspraken heeft gemaakt, verdwenen. Dit werkt regelmatig kostenverhogend voor verzekerden. Deze ontwikkeling sinds de Réforme 2007 heeft sommige verzekeraars aangezet om verzekerden actief te informeren over de gangbare advocatentarieven en hen te adviseren om tarieven uit te onderhandelen, zulks om hen te behoeden voor bovenmatige eigen bijdragen.<sup>808</sup>

Ook dient hier te worden vermeld dat door de Réforme 2007 het beleid rondom de inschakeling van netwerkadvocaten is verscherpt. Het is nu de verzekeraar pas toegestaan om een advocaat aan te bevelen als verzekerde daarom *schriftelijk* heeft verzocht (artikel L 127-3 laatste volzin Code des Assurances en L 224-3 laatste volzin Code de la Mutualité). Het economische belang voor verzekeraars om een advocaat aan te bevelen is inmiddels grotendeels verdwenen aangezien een verzekeraar geen tariefafspraken meer mag maken. Wellicht zullen rechtsbijstandverzekeraars vanuit commerciële motieven nog werken met netwerkadvocaten, om zich te profileren met een netwerk van deskundige en capabele advocaten. Dit is in ieder geval slechts geoorloofd indien verzekerden actief vragen om een dergelijke advocaat voor te stellen en met deze advocaten mogen verzekeraars dus geen tariefafspraken maken.

Juist de ontwikkelingen van de Réforme 2007, voornamelijk wat betreft het verbod op het maken van tariefafspraken, hebben het belang van het gebruik van kostenmaxima voor verzekeraars vergroot. Ik bespreek deze in de volgende paragraaf.

#### 9.4.8 Vergoeding advocaatkosten

Bij gebreke van een gereguleerd advocatentarief is, anders dan in Duitsland en Oostenrijk, in Frankrijk sprake van een fijnmazig systeem van gedifferentieerde kostenmaxima van advocaatkosten. Het systeem is in dat opzicht goed vergelijkbaar met het Nederlandse model waarin na het arrest *Sneller* van het HvJ EU eveneens verschillende alternatieve kostenmaxima worden gehanteerd. De kostenbeperkingen in Franse rechtsbijstandverzekeringen zijn echter aanmerkelijk gedetailleerder, waarin een uitgebreid onderscheid wordt gemaakt tussen bijstand van de advocaat in de verschillende procedures.<sup>809</sup>

Terwijl er ook algemene (overkoepelende) kostenmaxima gelden — per jaar of geschil — hanteren rechtsbijstandverzekeraars telkens lagere kostenmaxima voor advocaatkosten. Deze kostenmaxima zijn weer gespecificeerd per procedure.<sup>810</sup> Deze maxima van te vergoeden advocaatkosten zijn aanzienlijk lager dan de totale

808. Lamy 2014, nr. 3862.

809. In Nederland is het belangrijkste onderscheid dat tussen procesmonopolie- en niet-procesmonopoliezaken.

810. Zie Lamy 2014, nr. 3837; Cerveau 2015, p. 11.

kostenmaxima, welke gelden voor het totaal aan gedeclareerde kosten met betrekking tot een dossier (griffiekosten, experts, etc).<sup>811</sup>

Om een indicatie te geven van de gangbare (lagere) kostenmaxima voor advocaatkosten per procedure geef ik hieronder een overzicht van de vigerende kostenmaxima uit particuliere verzekeringsvoorwaarden van een aantal prominente rechtsbijstandverzekeraars actief op de Franse markt.<sup>812</sup>

Verzekeraar	Onderhandeling buiten procedure	Tribunal Grande Instance	Tribunal Admini- stratif	Appel	Cour Cassation
MMA	Variabel	€ 1.089	€ 1.089	€ 1.089	€ 2.068
GMF	Variabel	€ 1.062	€ 1.062	€ 1.094	€ 2.601/ € 2.303 <sup>813</sup>
AXA <sup>814</sup>	Variabel	€ 1.154/ € 2.308	€ 1.049 / € 2.098	€ 1.206 / € 2.412 <sup>815</sup>	€ 2.738 / € 5.476
Allianz	€ 500	€ 1.000	€ 1.000	€ 1.000	€ 1.700
Aviva PJ	€ 455	€ 875	€ 835	€ 955	€ 1.500
Generali	€ 150	€ 450 t/m € 1.200 <sup>816</sup>	€ 850	€ 450 t/m € 1.050 <sup>817</sup>	€ 2.100

Uit de hier genoemde cijfers kan worden herleid dat de kostenmaxima voor advocaatkosten ten aanzien van de Tribunal de Grand Instance en Administratief uiteenlopen van € 450 (eenvoudige zaken) tot en met € 1.154 (voor enkelvoudige garanties). Bij een enkele maatschappij kan de garantie worden verdubbeld voor alle procedures. Voor appelzaken variëren de kostenmaxima van € 450 (wederom voor eenvoudige zaken) tot en met € 1.206 (enkel tarief). Voor cassatie lopen de maxima uiteen van € 1.500 tot en met — slechts — € 2.738 (enkel tarief).

Het valt op dat deze lagere kostenmaxima inzake advocaatkosten gering zijn vergeleken met dekkingen van Nederlandse rechtsbijstandverzekeringen. De kostenmaxima in Nederlandse rechtsbijstandverzekeringen zijn immers in de eerste plaats

811. Zie ook rapport van senator M. Yves Détraigne, 'Justice et accès au droit' (2007), p. 13 ([www.senat.fr](http://www.senat.fr)), met een weergave van gemiddelde maxima van advocaatkostenvergoedingen.

812. Genoemde bedragen zijn inclusief belasting. Nota bene, ik heb een selectie gemaakt van verzekeringsvoorwaarden van prominente rechtsbijstandverzekeraars actief op de Franse markt. De gebruikte verzekeringsvoorwaarden zijn mogelijk niet de meest actuele van de betreffende verzekeraars. De gekozen vergelijking is slechts ter indicatie van de gemiddelde hoogte van de lagere kostenmaxima. De verzekeraars betrokken in de vergelijking zijn: MMA ([www.mma.fr](http://www.mma.fr)); GMF Assurances ([www.gmf.fr](http://www.gmf.fr)) — polisvoorwaarden juni 2016; AXA ([www.axa.fr](http://www.axa.fr)) — polisvoorwaarden juni 2013; Allianz ([www.allianz.fr](http://www.allianz.fr)) — polisvoorwaarden september 2011; Aviva ([www.protectionjuridique.aviva.fr](http://www.protectionjuridique.aviva.fr)); Generali ([www.epj-assurances.fr](http://www.epj-assurances.fr)) — polisvoorwaarden juni 2009. Zie ook een overzicht met cijfers uit een oude studie uit 2004, Cerveau 2011 (*GP/bespreking Stark*), p. 2380.

813. Eisend respectievelijk verwerend.

814. Afhankelijk of verzekeringsnemer kiest voor dubbele garantie voor advocaatkosten.

815. € 871 respectievelijk € 1.742 voor strafzaken.

816. Variabel van het soort kamer van de rechtbank of procedure.

817. € 450 politiezaken en verkeerszaken, € 850 in strafzaken en ten slotte € 1.200 in overige zaken.

gedifferentieerd naar niet-procesmonopoliezaken en procesmonopoliezaken.<sup>818</sup> In laatstgenoemd geval is er geen onderscheid tussen advocaatkosten en overige kosten, maar vallen de advocaatkosten gewoon onder het totale, hogere, kostenmaximum, dat dus gewoonlijk ruime mogelijkheden geeft om te procederen met een gekozen advocaat. In Frankrijk daarentegen geldt dat er aparte — lagere — kostenmaxima gelden voor enkel de advocaatkosten, voor alle specifieke procedures waarin verzekerde zich laat bijstaan.

De vergoeding van advocaatkosten in de geraadpleegde polisvoorwaarden steken dan ook schril af bij de gangbare advocatentarieven binnen de markt. In Frankrijk is namelijk sprake van geliberaliseerde tarieven, dus een betrouwbaar overzicht van gangbare advocatentarieven is niet te geven. Een enkele bron vermeldt echter in reguliere zaken een variatie van uurtarieven van € 150 tot en met € 250.<sup>819</sup>

De slotsom is derhalve dat rechtsbijstandverzekerden in Frankrijk regelmatig met significante eigen bijdragen achterblijven na aftrek van de door de verzekeraar vergoede advocaatkosten. Op juridisch maar vooral ook op rechtspolitiek niveau, kan, indachtig het het arrest *Stark* van het HvJ EU, worden gediscussieerd over de vraag of de mogelijk aanzienlijke discrepantie tussen gegarandeerde vergoedingen van advocaatkosten in de verzekering en de reële advocaatkosten door de beugel kan.<sup>820</sup> Wat daarvan ook zij, de ironie is dat vóór de Réforme 2007 verzekerden veelal konden voorkomen met eigen advocaatkosten te blijven zitten, wanneer zij voor een netwerkadvocaat kozen. Sinds de Réforme 2007 is dit echter onmogelijk geworden omdat het verzekeraars verboden is om tariefafspraken te maken met advocaten.

## 9.5 Samenvatting

De in dit hoofdstuk besproken drie nationale stelsels van rechtsbijstandverzekering vertonen vooral grote verschillen maar kennen tegelijkertijd ook overeenkomsten. De rode draad door alle drie de stelsels is het spanningsveld tussen kostenbeheersing door de rechtsbijstandverzekeraar enerzijds en de voorwaarden van inschakeling van advocaten anderzijds. In zoverre is er geen verschil met het Nederlandse systeem van rechtsbijstandverzekeringen.

Gelijk valt op dat de drie stelsels een glijdende schaal vormen. Aan het ene uiterste van het spectrum bevindt zich het Duitse stelsel. Zoals in paragraaf 4.4 besproken ten aanzien van de ontwikkelingen die de basis voor Richtlijn 87/344/EEG vormden, hing (destijds) Bondsrepubliek Duitsland erg aan het specialistische systeem dat over het algemeen de meeste belangenconflicten uitsloot. Ook nu kenmerkt Duitsland zich door een protectionistische insteek ten opzichte van verzekerden.

818. Zie verder paragraaf 10.2.3.

819. Publicatie van het *Capital* van 14 september 2009 ([www.capital.fr](http://www.capital.fr)). Tijdschrift *Le point* vermeldt een gemiddeld tarief van € 200 excl. belasting in Parijs, artikel van 8 april 2008 (<http://www.lepoint.fr>). Een en ander is steeds sterk afhankelijk van het soort instantie, rechtsgebied, omvang van de zaak, etc.

820. Zie Cerveau 2011, p. 2380.



Duitsland heeft als enige ervoor gekozen om slechts één modaliteit van schaderegeling van artikel 3 lid 2 Richtlijn 87/344/EEG toe te staan voor multibranche verzekeraars: de uitbesteding aan een schaderegelingskantoor. Dit is niet vreemd aangezien deze vorm van schaderegeling het meest aanhangt tegen specialisatie, dat in Bondsrepubliek Duitsland het enige toegelaten model was.

Tegelijkertijd kenmerkt Duitsland zich door een ander streng uitgangspunt, het alomvattende monopolie van de advocatuur. Op grond van jurisprudentie van het BGH is het de rechtsbijstandverzekeraar verboden om zich bezig te houden met rechtshulpverlening. Hoewel er niet uitdrukkelijk is gekozen voor het model van artikel 3 lid 2 onder c Richtlijn 87/344/EEG is de Duitse rechtsbijstandverzekeraar feitelijk een *kostenverzekeraar*.

Duitsland en Oostenrijk hebben gemeen dat de systemen kennelijk goed kunnen functioneren bij de gratie van een uitgebreide regulering van advocatentarieven. Beide systemen hanteren, Duitsland in (nog) meerdere mate dan Oostenrijk, een fijnmazig systeem van tarieven voor juridische handelingen van advocaten. Het Duitse stelsel voorziet in een uitgebreid wettelijk systeem van regulering van tarieven en het Oostenrijkse systeem behelst zowel een wettelijke regeling als een richtlijn. Deze systemen geven Duitse en Oostenrijkse rechtsbijstandverzekeraars een duidelijk en betrouwbaar handvat voor vergoeding van advocaatkosten. Hoewel de regulering van advocaatkosten niet betekent dat advocaten daar ten lande geen hogere tarieven mogen hanteren – het betreft een minimumregulering – conformeren rechtsbijstandverzekeraars zich om de kosten binnen de perken te houden aan deze minima.

In de systemen van Duitsland en Oostenrijk is er evenwel onverminderd een tendens om de kosten nog verder te drukken om de premies laag (en uiteraard de bedrijfsresultaten hoog) te houden. Daartoe maken verzekeraars gebruik van sturing op gelieerde netwerkadvocaten en mediation. Duitsland en Oostenrijk hebben verder gemeen dat tot op het hoogste niveau jurisprudentie is ontstaan over kostenbeperking via een no-claimsysteem ten aanzien van de vrije advocaatkeuze, dat inhield dat het eigen risico niet in rekening wordt gebracht wanneer verzekerde kiest voor een door de verzekeraar aangedragen advocaat. In beide systemen wordt het hiermee veroorzaakte dilemma opgelost langs de lijnen van een verbod op ongeoorloofde pressie op verzekerde. De vraag werpt zich dan op hoe hoog het eigen risico moet zijn om een onweerstaanbare druk op verzekerde uit te oefenen, welke vraag zich niet in zijn algemeenheid laat beantwoorden.

In het Oostenrijkse systeem hebben rechtsbijstandverzekeraars naast de tariefregulering, die een voorspelbaarheid verschaft, een ander groot voordeel. Het is de verzekeraars toegelaten om een buitengerechtelijke regeling te beproeven. De door rechtsbijstandverzekeraars gehanteerde standaardvoorwaarden voorzien in een voorbehoud in de vorm van een Obliegenheit waarmee verzekerden de verzekeraar een zekere termijn moeten geven om buitengerechtelijk in onderhandeling te treden met de tegenpartij van verzekerden. Hoewel vanuit dezelfde gedachte als in Duitsland – evenals in mindere mate in de andere onderzochte landen – vanuit de advocatuur weerstand bestaat tegen een dergelijke vrijheid van de rechtsbijstand-

verzekeraar wordt er een dergelijke kostenreducerende maatregel ook positief ontvangen.

Het Franse stelsel daarentegen bevindt zich aan het andere uiterste van het spectrum, en ligt daarmee veel dichter tegen het Nederlandse systeem aan. Het stelsel kent geen regulering van advocaatkosten. Net als in Nederland moet daarmee worden uitgeweken naar andere maatregelen om een kostenstijging onder de verzekering af te wenden. Net als in Nederland, maar met een veel langere historie, wordt daarom gebruikgemaakt van gedifferentieerde kostenmaxima ter zake de advocaatkeuze. Het valt op dat rechtsbijstandverzekeraars in Frankrijk erg ver gaan in hun variatie van onderscheidenlijke kostenmaxima per soort procedure. Kennelijk is per procedure uitgemeten welke kosten – tenminste vanuit het oogpunt van de verzekeraar bezien – redelijk zouden moeten zijn.

Een zelfde vrijheid als ten aanzien van de kostenmaxima is er terug te zien in de rechtshulpverlening. Tot relatief kort geleden was de rechtsbijstandverzekeraar in Frankrijk volledig vrij in de *buitengerechtelijke* fase. Anders dan in Duitsland en Oostenrijk (in mindere mate derhalve) maar gelijk als in Nederland was de rechtsbijstandverzekeraar volledig vrij om een buitengerechtelijke regeling na te streven voor verzekerden. Pas als de zaak in een procedure uitmondde, behoefde een advocaat in te worden geschakeld. Anders gezegd, het moment dat noodzakelijkerwijs een advocaat moest worden ingeschakeld, kreeg verzekerde daarvoor de vrije keuze. Tot dat moment stond het verzekeraar vrij om zich de exclusiviteit van rechtshulpverlening volledig voor te behouden.

Hierin is verandering gekomen met de *Réforme 2007*, waarmee de positie van de advocaat in de rechtsbijstandverlening binnen de buitengerechtelijke fase is versterkt, zulks ten koste van verzekeraar. Tegelijkertijd zijn er andere waarborgen getroffen om de macht van verzekeraars in te dammen. Zo is het een aderlating voor Franse rechtsbijstandverzekeraars dat zij zich sindsdien niet meer mogen bemoeien met de honoraria die advocaten bedingen in rechtsbijstandverzekeringsdossiers. Het gebruik van netwerkadvocaten is daarmee economisch grotendeels overbodig geworden. Ten slotte een belangrijke ontwikkeling in het kader van de *Réforme 2007* in Frankrijk dat een brug is geslagen tussen de van overheidswege gefinancierde rechtshulp en de rechtsbijstandverzekering. Daarmee is de weg vrijgemaakt om de overheid te ontlasten en wordt beoogd dat de rechtsbijstandverzekering steeds meer het gat binnen de gefinancierde rechtshulp gaat vullen. Al deze ontwikkelingen drukken op de begrotingen van Franse rechtsbijstandverzekeraars.

De veranderingen die zijn gekomen met de *Réforme 2007* zijn niet alleen ten gunste maar ook ten laste gekomen van verzekerden. Aangezien de advocatentarieven in Frankrijk volledig vrij zijn, ligt het risico op de loer dat verzekerden, met het vertrouwen goed verzekerd te zijn voor advocaatkosten, achterblijven met een eigen bijdrage in de advocaatkosten voor hun bijstand. Dit moet evenwel als een bewust gevolg van de *Réforme 2007* worden gezien. Dit vergt daarom bezinning op de maatschappelijke doelstellingen van een rechtsbijstandverzekering en de aanwending van collectieve premie-inkomsten: in hoeverre wil men met deze verzekering een volledig dekkende private maatschappelijke voorziening houden? Anders ge-

zegd, door de Réforme 2007 is de achterliggende maatschappelijke vraag geworden in hoeverre het acceptabel is dat verzekerden zelf financieel medeverantwoordelijk zijn voor hun advocaatkeuze. Een duurdere advocaat leidt tot een hogere eigen bijdrage. Gezien het feit dat er bewust is gekozen voor een verbod voor verzekeraars op strategische allianties (via prijsafspraken) met netwerkadvocaten komt het spanningsveld tussen lage premies en kostenmaxima enerzijds en de medeverantwoordelijkheid van verzekerden via een eigen bijdrage in de advocaatkosten anderzijds pregnant naar voren. Het is daarom alleszins te verwachten dat zowel in Frankrijk als in Nederland het maatschappelijk debat over dergelijke thema's veel aan bod zal komen. Net als in Nederland zal daarbij in Frankrijk vermoedelijk ook de vraag spelen in hoeverre het wenselijk is om te voorzien in een beperkte tariefregulering of richtlijnen voor advocatentarieven.

## Hoofdstuk 10

# Maatregelen naar aanleiding van de verruimde advocaatkeuze in de Nederlandse praktijk van rechtsbijstandverzekeringen met aanbevelingen

### 10.1 Inleiding

Ik kom in dit hoofdstuk tot een afronding van mijn dissertatie. Met de vanuit Nederland geïnitieerde vrije-advocaatkeuze-arresten (*Sneller*<sup>821</sup> in 2013 alsmede *Massar*<sup>822</sup> en *Büyüktipi*<sup>823</sup> in 2016) heeft het HvJ EU voor de Nederlandse rechtsbijstandverzekeringspraktijk een nieuw landschap gecreëerd. Er is immers een kentering veroorzaakt wat betreft de kostenvergoedingen van rechtsbijstandverzekeraars in rechtszaken zonder procesmonopolie. Rechtsbijstandverzekeraars hebben sindsdien in allerijl lagere kostenmaxima opgenomen in hun verzekeringsvoorwaarden om zich te beschermen tegen overvloedige verzoeken om vergoeding van kosten van rechtshulpverleners voor bijstand in procedures waarin de procesvertegenwoordiging niet verplicht is, op het terrein waar rechtsbijstandverzekeraars voorheen exclusief bevoegd waren rechtshulp te verlenen.

In hoofdstuk 6 stelde ik vast dat de richtlijnhistorie duidt op een beperkte uitleg van het recht van vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG. De ratio daarvan lag in het doel van bescherming van verzekerden door het voorkomen en bestrijden van belangenconflicten. Tegelijkertijd was tussen de lidstaten de consensus dat het vrije keuzerecht niet verder op de contractsvrijheid van verzekeraar en verzekerde hoefde in te grijpen dan noodzakelijk. De nieuwe rechtspraak van het HvJ EU gaat daarentegen uit van een ruimere opvatting van de keuzevrijheid, waarbij wordt geabstraheerd van (zowel het voorkomen als bestrijden van) belangenconflicten. Daarom geldt voor artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG niet (meer) de voorwaarde dat verzekeraar en verzekerde eerst besluiten tot inschakeling van een externe rechtshulpverlener. Het intreden van recht op vrije advocaatkeuze is voortaan afhankelijk van de – binnen de dekking van de verzekeringsvoorwaarden intredende – behoefte aan rechtsbijstand in het kader van een gerechtelijke of administratieve procedure.

Vanuit dit nieuwe paradigma zal ik in dit hoofdstuk ingaan op de beperkingen die verzekeraars en wetgever mogen aanbrengen om (excessieve) kostenstijgingen onder de rechtsbijstandverzekering op te vangen en in te dammen. In de lijn die met name in het arrest *Stark*<sup>824</sup> is uitgezet, dient rechtsbijstandverzekeraar in geval van een procedure tenminste een redelijke keuzemogelijkheid wat betreft rechtshulpverlener te faciliteren voor verzekerden. Ik kan hieronder uiteraard putten uit de kennis die in het voorgaande hoofdstuk is vergaard ten aanzien van de onderzochte

821. HvJ EU 7 november 2013, ECLI:EU:C:2013:717.

822. HvJ EU 7 april 2016, ECLI:EU:C:2016:216.

823. HvJ EU 7 april 2016, ECLI:EU:C:2016:218.

824. HvJ EU 26 mei 2011, ECLI:EU:C:2011:355.

landen Duitsland, Oostenrijk en Frankrijk. In dit hoofdstuk wordt stilgestaan bij mogelijke kostenbeperkende maatregelen in verzekeringsvoorwaarden, besparing en verbetering van interne rechtshulp van rechtsbijstandverzekeraars en schaderegelingskantoren en regulering van advocaatkosten. Ten slotte bespreek ik de stand van het Nederlands recht omtrent de sancties die verzekeraars toepassen op schending van verplichtingen in verzekeringsvoorwaarden en de geschillenregeling, aangezien deze maatregelen en waarborgen de vrije advocaatkeuze inkaderen.

## 10.2 Kostenbeperkende maatregelen post-Sneller

### 10.2.1 Algemeen

Het zou niet meer dan een voor de hand liggend gevolg zijn van de verruimde keuzevrijheid *dat* verzekerden ook *daadwerkelijk* gebruikmaken van de mogelijkheid om zelf een rechtshulpverlener te kiezen. Of dat ook het geval is, blijkt wederom lastig te achterhalen. Over dergelijke gegevens beschikken immers enkel de rechtsbijstandverzekeraars en deze zullen geheel of gedeeltelijk behoren tot hun bedrijfsgeheim en zelden worden prijsgegeven. Aan de hand van de schaal waarop verzekeraars maatregelen treffen kan wel worden verondersteld dat sprake lijkt te zijn van een reëel probleem.

Schilasky onderscheidt naar drie verschillende methoden van ‘kostenmanagement’, als middel om stijgende externe kosten te bestrijden: premieverhoging, besparing op externe kosten en ten slotte besparing op interne kosten (zoals personeelskosten).<sup>825</sup> Ik sluit mij graag aan bij dit functionele onderscheid en zal hierna de maatregelen als zodanig classificeren. In paragraaf 10.2.2 bespreek ik de eerste twee aspecten, premieverhoging alsmede eigen risico’s (omzetgenererende maatregelen) en de kostenbeperkende maatregelen ten aanzien van de externe kosten van de rechtshulpverlener. Daarna bespreek ik in paragraaf 10.3 de besparing op interne personeelskosten (bezuiniging), hetgeen een onderwerp is met meerdere nader te bespreken aspecten.

### 10.2.2 Omzetgenererende maatregelen: premieverhoging en eigen risico’s

Het voor de hand liggende middel om kostenstijgingen op te vangen is premieverhoging. Met premieverhoging wordt uiteraard niet getornd aan de kostenkant maar aan de batenkant. Een inventarisatie bij de Consumentenbond leert dat een gemiddelde rechtsbijstandverzekering met dekking voor inkomen, consumentenrecht en eigen woning een verschuldigde premie oplevert uiteenlopend van € 12,89 tot en met € 22,12 per maand.<sup>826</sup> Binnen deze bandbreedtes is er derhalve de nodige concurrentie op niveau van premies. Daar staat tegenover dat geen sprake is van een homogeen aanbod van rechtsbijstandverzekeraars. De aangeboden dekkingen verschillen namelijk wezenlijk wat betreft dekkinggebieden en omvang van de aanspraken.

825. Schilasky 1998, p. 58.

826. Bij zoekopdracht naar de premies van de door Consumentenbond geteste verzekeringen, op basis van leeftijd 36, gezin met kinderen ([www.consumentenbond.nl](http://www.consumentenbond.nl)).

Een ander wezenlijk, algemeen verzekeringsrechtelijk, probleem van het doorvoeren van een premieverhoging is dat bij bestaande verzekeringen steeds de mogelijkheid van opzegging bestaat, tussentijds bij en bloc wijziging (artikel 7:940 lid 4 BW), of per premieervaldatum (artikel 7:940 lid 1 BW). Het is ook niet goed voorstelbaar dat hogere premies alleen voor nieuwe verzekerden in rekening worden gebracht. De verzekering heeft immers een collectiviteitsaspect waarbij de premies conform een risicocalculatie worden omgeslagen over de portefeuille verzekerden. Een te grote kloof tussen de premies voor bestaande verzekerden en nieuwe verzekerden zou vanuit die optiek verontwaardiging kunnen wekken.<sup>827</sup> Belangrijker nog, de verzekeraar zou zich snel uit de markt prijzen als andere verzekeraars niet ook een aanzienlijke premiestijging doorvoeren in nieuwe contracten. Dit heeft mijns inziens weer te maken met het aspect dat de kwaliteit van rechtshulp en bereik van de dekking van de rechtsbijstandverzekering voor verzekerden lastig is te beoordelen in een markt met grote variatie in rechtsbijstandverzekeringen. Bovendien worden juristen van rechtsbijstandverzekeraars veelal ook niet uitgebreid geprofileerd, zodat hun kwaliteiten lastig kunnen worden ingeschat en beoordeeld.

Een ander bijzonder probleem dat mijns inziens aan een aanmerkelijke premieverhoging kleeft, is gerelateerd aan het karakter van deze verzekering. De rechtsbijstandverzekering lijkt mij, anders dan de primaire, meer noodzakelijke verzekeringen, een meer complementair karakter te hebben. Het betreft hier een geëvolueerde vorm van verzekeren, waar de oudere primaire vormen van schadeverzekeringen beogen te voorzien in het beschermen van de *materiële* vermogensbestanddelen van een (rechts)persoon: de opstalverzekering, inboedelverzekering, brandverzekering, bedrijfsverzekering, etc. Deze primaire verzekeringen voorzien meer in een basisbehoefte aan veiligheid. Ook moet worden onderscheiden de passivaverzekering: de aansprakelijkheidsverzekering, die ook voorziet in een primaire behoefte van veiligheid tegen allerlei vermogensverliezen. De aansprakelijkheidsverzekering is soms zelfs verplicht gesteld, in het verkeer en in talloze beroepen. Ten slotte is er de ziektekostenverzekering, tegenwoordig 'zorgverzekering', welke een verplichte private verzekering vormt ter dekking van de stijgende ziektekosten die op burgers worden afgewenteld sinds het verlaten van de verzorgingsstaat. In contrast met deze primaire en meer klassieke vormen van verzekeringen biedt de rechtsbijstandverzekering een meer complementaire vorm van zekerheid.

De rechtsbijstandverzekering komt naar mijn mening dus pas in beeld daar waar reeds in deze primaire behoeften van veiligheid en zekerheid is voorzien door middel van deze primaire vormen van verzekeringen en daar bovenop aanvullende behoefte bestaat om het stukje gegenereerde extra bezittingen en vermogen te beschermen. Zo bezien is de rechtsbijstandverzekering in zekere zin een luxere vorm van verzekering, om extra bescherming te bieden. De verzekering geeft naast bescherming tegen allerlei mogelijke hinderlijke inbreuken in het dagelijks (bedrijfs)leven een bescherming van vermogen en inkomen. Voor de meest behoeftigen is er bovendien de gefinancierde bijstand. Voor de rijkere zal een advocaat veel eerder zijn te bekostigen, zodat een verzekering niet steeds de verkozen vorm zal zijn.

827. Schilasky 1998, p. 62.

Deze afgebakende doelgroep van de verzekering maakt allicht dat de hoogte van de premiestelling ook goed dient aan te sluiten om de verzekering niet de markt uit te prijzen. Exorbitante verhoging van de premies zal daarom vaak ultimum remedium zijn, te meer waar andere, hieronder te bespreken maatregelen voor handen zijn.

Een tweede vorm van omzetgenererende maatregelen, tevens kostenbeperkende maatregelen, betreffen de in verzekeringsvoorwaarden bepaalde *eigen-risicobijdragen*. In het licht van de verruimde vrije advocaatkeuze na het *Sneller-arrest*<sup>828</sup> kan een eigen risico worden gebruikt voor het geval dat verzekerde voor zijn processuele bijstand een rechtshulpverlener kiest terwijl verzekeraar of diens schaderegelingskantoor met eigen medewerkers bijstand kan leveren in de procedure. Het effect van het eigen risico is dan tweeledig. Het zorgt allereerst voor een (bescheiden) eigen bijdrage in de te maken externe kosten voor de gekozen rechtshulpverlener, terwijl daarnaast eveneens voor verzekerde enige barrière wordt opgeworpen voor een keuze van een externe rechtshulpverlener. Deze beide aspecten aan het eigen risico zijn echter minder vanzelfsprekend als het doet vermoeden.

De eigen-risicobijdrage kan in verschillende vormen worden gegeven. Er kan sprake zijn van een eenmalig bedrag maar ook van een percentage van de externe kosten. Voorts kan ook een combinatie van een eenmalig vast bedrag en een percentage worden gebruikt. Aan een eenmalig bedrag kleefde het nadeel dat een dergelijk bedrag ineens niet al te hoog kan zijn omdat het dan snel een wezenlijke barrière opwerpt voor de vrije advocaatkeuze, waardoor het recht mogelijk illusoir kan worden geacht.<sup>829</sup> Zoals hiervoor ten aanzien van de premie-inkomsten al besproken, moet wederom rekenschap worden gegeven van de maatschappelijke functie van een rechtsbijstandverzekering, waarbij vaak burgers met beperktere inkomens en vermogens en kleinere en middelgrote bedrijven tot de groep verzekerden kunnen worden gerekend. Daarom kan een vooraf te betalen significant eigen risico, bijvoorbeeld in de orde van meer dan € 1000, zwaar drukken op verzekerde. De keerzijde van een al te gematigd eigen risicobijdrage daarentegen is dat het niet nuttig is ter verkrijging van extra inkomsten noch als drempel voor verzekerde voor een vrije advocaatkeuze. Uit recent onderzoek blijkt – in het verlengde van deze overwegingen – dat er door rechtsbijstandverzekeraars consequent een bedrag van € 250 aan eigen risico gerekend wordt bij een vrije advocaatkeuze, onverminderd het daarnaast meestal in de verzekeringsovereenkomst bepaalde lagere kostenmaximum voor niet-procesmonopoliezaken.<sup>830</sup>

Een eigen risico via een bijdrage in de vorm van een periodiek te betalen percentage van de kosten van de gekozen rechtshulpverlener spreekt in economische en psychologische zin aan. Enerzijds drukt het minder zwaar op verzekerde omdat er niet eenmalig ('ineens') maar periodiek, telkens wanneer door de rechtshulpverlener nieuwe kosten worden gedeclareerd, een bijdrage van verzekeringnemer of verzekerde wordt verlangd. Anderzijds zorgt de spreiding van bijdragen ervoor dat ver-

828. HvJ EU 7 november 2013, ECLI:EU:C:2013:717.

829. HvJ EU *Stark/D.A.S.*, r.o. 31.

830. Blijkens onderzoek van MoneyView met peildatum 11 augustus 2017, zie Consumentenbond ([www.consumentenbond.nl](http://www.consumentenbond.nl)).

zekerde zich meer bewust is van aanwassende kosten van rechtshulp, zodat de prijs hiervan niet als gegeven wordt beschouwd. Er ontstaat dus een vorm van gezamenlijke verantwoordelijkheid en besef van de kosten van rechtshulp, hetgeen zich naar kan worden verondersteld zal vertalen in het drukken van de externe kosten en voorkoming van excessen.

Bij deze maatregel valt echter te denken aan incasseringsproblemen, waarvoor een voorziening moet worden getroffen. Hoe wordt gewaarborgd dat verzekerde telkens zijn bijdrage betaalt? Daarvoor zal in ieder geval een incasso moeten worden opgetuigd. En hoe te handelen in de situatie dat verzekerde zijn bijdrage niet (tijdig) heeft betaald? Wordt dan de betaling aan de externe advocaat of andere rechtshulpverlener die in de procedure voor verzekerde optreedt meteen gestaakt, waarbij de juridische implicaties voor verzekerde voor lief worden genomen? Verloopt de incassering van een percentage van het eigen risico daarom via de advocaat? Dit zijn allemaal praktische problemen die evenwel moeten worden getackeld.

In Duitse literatuur werd voorts wel betoogd dat een eigen risicobijdrage in de vorm van een percentage van de rechtshulp in strijd zou komen met het Transparenzgebot, dat gebiedt dat de financiële gevolgen voorafgaand inzichtelijk zijn.<sup>831</sup> Overigens zal ik hierna nog betogen dat een eigenrisicobijdrage afhankelijk van de omvang van de kosten van de gekozen rechtshulpverlener in rechtsbijstandverzekeringen in Zweden bestaat. Verder blijkt onder de zorgverzekering dat volgens het hinderpaalcriterium ook een 'eigen risico' van 20 à 25% van de totale kosten algemeen geaccepteerd is. Ik ga op deze aspecten nog nader in (paragraaf 10.5), waarbij ik een aanbeveling zal doen voor een praktische leidraad.

Een variatie op een eigen risico is de *no-claim* oftewel het bonus-malussysteem. In hoofdstuk 9 besprak ik reeds dat het systeem zowel in Oostenrijk en Duitsland onderwerp van jurisprudentie is geweest.<sup>832</sup> In zijn arrest van 4 december 2013 heeft het BGH geoordeeld dat een gestaffeld eigen risico op basis van een bonus-malussysteem met een variatie van eigen risico tussen € 0 en € 300,- toelaatbaar was.<sup>833</sup> Een keuze voor een netwerkadvoocaat werd niet meegenomen voor de bonus-malustrede. Een dergelijk systeem zou dienstig kunnen zijn voor de Nederlandse markt, waar voor verzekerde de keuze geldt tussen een interne (medewerker van verzekeraar of het schaderelingskantoor) en een externe rechtshulpverlener. De keuze van een netwerkadvoocaat, die voor verzekeraar onder gunstige condities diensten verricht, zou in beperktere mate in rekening kunnen worden gebracht in de bonus-malusberekening. Dit voorgestelde systeem komt er in de praktijk op neer dat een vrije advocaatkeuze leidt tot een verhoging van de premie of het eigen risico bij een vrije advocaatkeuze in een volgende zaak.

831. Zie paragraaf 9.2.6, met verwijzing naar Schilasky 1998, p. 69.

832. Paragraaf 9.2.6 en 9.3.6.

833. BGH 4 december 2013, NJW 2014, 630.



### 10.2.3 Kostenbeperkende maatregelen: kostenmaxima en tariefbeperkingen

Een belangrijke plaats onder de kostenbeperkende maatregelen wordt ingenomen door lagere *kostenmaxima*. Veel Nederlandse rechtsbijstandverzekeraars maken inmiddels gebruik van lagere kostenmaxima voor niet-procesmonopoliezaken.<sup>834</sup> Uit de rechtsvergelijking in het vorig hoofdstuk komt naar voren dat het gebruik van specifieke lagere kostenmaxima gecombineerd met een absoluut (overkoepelend) kostenmaximum een goed alternatief is in een rechtshulpmarkt zonder geregleerde commerciële rechtsbijstandtarieven. Franse rechtsbijstandverzekeraars bedienen zich van een fijnmazig systeem van vaste maximumvergoedingen gecategoriseerd naar de diverse gerechtelijke en administratieve procedures. Dit systeem is na de 2007 loi réforme van rechtsbijstandverzekering bovendien belangrijker geworden, daar het rechtsbijstandverzekeraars in Frankrijk inmiddels bij wet verboden is geworden om zich te mengen in de onderhandeling over het honorarium van de advocaat. Het beleid van Nederlandse rechtsbijstandverzekeraars is qua kostenmaxima niet zo verfijnd als het Franse maar bevat wel regelmatig een onderscheid naar rechtsgebied. Allicht dat in de toekomst, op basis van opgedane ervaringen een verdere verfijning toe wordt gepast.

Bij gebreke van wettelijke regulering of richtlijnen voor tarieven van externe rechtshulp zijn Nederlandse rechtsbijstandverzekeraars ook aangewezen op lagere secundaire kostenmaxima om een overstelping van externe kosten te voorkomen. Herhaaldelijk heb ik de aandacht gevestigd op de discrepantie tussen de bescheiden premies van rechtsbijstandverzekering en – daartegenover – respectabele uurtarieven van advocaten.<sup>835</sup> De tarieven van andere rechtshulpverleners, die er talrijk en in verschillende grootten en gedaanten zijn, zijn mijns inziens niet transparant en voorspelbaar omdat er in Nederland geen regulering bestaat. Dit is anders in Duitsland, waar – zoals we zagen – een sterke regulering bestaat en advocaten een volledig procesmonopolie hebben. Kostenmaxima vormen in Nederland zodoende een onontbeerlijk middel om de kosten te beteugelen. Men kan zich afvragen waarom in Nederland (inmiddels) enkel een onderscheid wordt gemaakt tussen procesmonopoliezaken (waarvoor het absolute kostenmaximum geldt) en niet-procesmonopoliezaken (waarvoor de lagere kostenmaxima gelden). In Frankrijk bestaat er immers een fijnmazig systeem van kostenmaxima waarbij vaak zelfs het hoger beroep en cassatie, etc., is gebonden aan specifieke kostenmaxima. In Nederland lijkt dit aspect anders te worden benaderd.

Lagere kostenmaxima zijn door rechtsbijstandverzekeringen in 2014 na het *Snel-ler*-arrest<sup>836</sup> in allerijl opgetuigd. Daarom is vooralsnog niet te zeggen of deze kostenmaxima een reële voorziening vormen om de extra schadelast gemoeid met extra dossieruitbestedingen bij rechtsbijstandverzekeraars op te vangen. Te meer is niet te zeggen of deze stand kunnen houden in het licht van de rechtspraak van het HvJ EU. Zoals nog in deze paragraaf te bespreken, dient te worden gegarandeerd dat een verzekerde wat te kiezen rechtshulpverlener betreft tenminste een redelijke

834. Zie onderzoek van MoneyView met peildatum 11 augustus 2017, Consumentenbond (www.consumentenbond.nl).

835. Zie met name paragraaf 2.3.1.

836. HvJ EU 7 november 2013, ECLI:EU:C:2013:717.

keuzevrijheid heeft. Het zal de komende tijd per geval moeten worden gezien of het lagere kostenmaximum gezien de feiten en omstandigheden recht doet aan de situatie van verzekerde. Op voorhand is dit niet in te schatten, wat er mijns inziens niets aan af doet dat in de verzekeringsvoorwaarden weinig anders kan worden gedaan dan tenminste een bedrag tot uitgangspunt nemen.

Ten slotte is naast het absolute kostenmaximum — dat het plafond aangeeft van de totale te vergoeden externe kosten — regelmatig een andere beperking aangebracht, namelijk die van de *normale en gebruikelijke kosten* (of een vergelijkbare formule).<sup>837</sup> Deze voornoemde lagere kostenmaxima gelden daarentegen voor procedures waarin de inschakeling van een advocaat niet noodzakelijk is, buiten het bereik van het procesmonopolie.

Deze formule behoeft toelichting, hetgeen op zichzelf al problematisch is voor een verzekeringsvoorwaarde die de kernprestatie aangeeft. Toch is een dergelijke abstracte voorwaarde naar mijn mening niet zonder meer onhoudbaar omdat deze te onbepaald zou zijn.<sup>838</sup> De omstandigheden van het geval rechtvaardigen hier immers een zekere abstracte benadering.<sup>839</sup> Andermaal dient te worden gerealiseerd dat er geen enkele concrete wettelijke regulering is van advocaten- en andere rechtshulpverlenertarieven. Daarentegen zijn er allicht gemiddelde tarieven. Eveneens is te verwachten dat tarieven verschillen naar gelang sprake is van generalisatie dan wel specialisatie. Bijzondere rechtsgebieden die een schaarsere rechtskennis vereisen, rechtvaardigen uiteraard een hoger tarief. In dat verband lijkt het mij discutabel dat een rechtshulpverlener die een lager tarief rekent en een specialistische rechtszaak oppakt voor verzekerde vervolgens extra tijd kan doorbelasten omdat hij zich de specialistische kennis moet eigen maken.

In een begrip als de *gebruikelijke honoraria* ligt besloten dat er een zekere eenheid of gewoonte bestaat in het rekenen van tarieven voor juridische diensten. Het refereert immers naar het in een afgebakend gebied bestaand gebruik. Lastig is hier het gegeven dat, waar de groep rechtshulpverleners al niet concreet is omschreven, hun gebruiken dat logischerwijs nog minder zijn. Uitgangspunt zal steeds weer zijn de advocaat, aangezien dat de veelvoorkomende 'gebruikelijke' aanbieder is van rechtshulp ter zake procedures. Bij de advocaat bestond daarbij gelukkig zoiets als toezicht door de Raad van Toezicht, waarbij kan worden getoetst op grond van artikel 32 Wet Tarieven in Burgerlijke Zaken. Per 1 januari 2015 zijn er ten aanzien van declaratiegeschillen tussen cliënt en de advocaat diverse mogelijkheden, een gerechtelijke procedure over de declaratie van de advocaat of een gang naar de Klachten- en Geschillencommissie Advocatuur.

837. ARAG: ARAG ProRechtPolis Particulier 2015, art. 2.6. onder a. DAS: DAS voor Particulieren 01-2016, art. 4 onder c-2 'de noodzakelijke en redelijke behandelkosten (honorarium inclusief kantoorkosten en overige kosten). *Klaverblad*: Rechtsbijstandverzekering voor particulieren. Polisvoorwaarden nr. RB 16, artikel 4 lid 4 'alleen de kosten die redelijk en nodig zijn; *Centraal Beheer Achmea*: Particuliere rechtsbijstandverzekering 2017 (LEX-RV-01-171), artikel 5.2 lid 1 'De in artikel 5.1 genoemde kosten worden betaald voor zover de omvang van deze kosten in het algemeen als gebruikelijk kan worden beschouwd.'.

838. Artikel 6:227 BW.

839. In die zin Rb. Midden-Nederland 18 april 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1908, 4.1. e.v.

Wat de onderscheidenlijke proceshandelingen en voorbereidende handelingen betreft, is het eenvoudiger om rekening te houden met gebruikelijke en redelijke kosten. Declaraties voor overbodige proceshandelingen, veroorzaakt door onkunde van de rechtshulpverlener, kunnen bijvoorbeeld worden afgewend met het criterium van de redelijke en noodzakelijke of gebruikelijke kosten. Hetzelfde geldt hier ook voor allerlei declaraties voor (overbodige) bemoeienis van de rechtshulpverlener met expertiseonderzoeken, andere onderzoeken in verband met te genereren bewijs, zelfstudie waarbij kennis verondersteld mag worden, etc. Anders dan de hoogte van de tarieven kan hier bij de in rekening te brengen handelingen eenvoudiger worden gefilterd naar hetgeen als gebruikelijk, noodzakelijk of niet-noodzakelijk geldt.

Bovendien geldt dat het criterium van de ‘gebruikelijke en noodzakelijke’ of de ‘redelijke en noodzakelijke’ kosten een bestendig beding is in de praktijk, zodat voor de praktijk ook een goede leidraad dient te worden verschaft. Het product van de rechtsbijstandverzekering als kostenverzekering verlangt naar zijn aard immers een zekere grip op de zeer onvoorspelbare kosten, te meer gezien — zoals reeds aangehaald — het maatschappelijk belang van de verzekering. Een voor de praktijk werkbaar criterium om enige mate van houvast te krijgen op deze lastige probleemstelling is vervat in het arrest van het Gerechtshof Den Haag van 29 april 2014.<sup>840</sup> Wat een redelijk uurtarief is volgens het hof afhankelijk van alle omstandigheden, waaronder *de aard en de complexiteit van de zaak, de noodzaak van specialistische kennis en het gebruikelijke markttarief voor soortgelijke werkzaamheden*. Ik zou willen zeggen dat dit criterium, dat aanknopingspunten verschaft, kan worden doorgetrokken naar de gebruikelijke kosten omdat het niet alleen opgeld doet voor het redelijke (of gebruikelijke) *honorarium* maar ook wat betreft de redelijke (of gebruikelijke) rechtshulpkosten in zijn totaliteit.<sup>841</sup>

Naast dit criterium van de *redelijke en noodzakelijke* kosten of de *gebruikelijke en noodzakelijke* kosten bestaat uiteraard het overstijgende totale kostenmaximum dat geldt per geschil. Voornoemd criterium doet niets af aan het kostenmaximum en vice versa. Gezien de onvoorspelbaarheid van de te vergoeden kosten en ter voorkoming van uitwassen met buitensporige declaraties bewijst het criterium van redelijke dan wel gebruikelijke alsmede noodzakelijke kosten zijn nut als extra waarborg en wordt daarmee de collectieve kostenlast beheerst, hetgeen zich vertaalt in constantere premies.

Een laatste maatregel die zou kunnen worden aangewend om de externe kosten te remmen bij niet-procesmonopoliezaken, is het bepalen van een *maximum vergoeding per uurtarief*. Ik voorzie dat dit alsdan in combinatie met een lager kostenmaximum moet worden toegepast, omdat voorzienbaar is dat een rechtshulpverlener — al dan niet in overleg met verzekerde — ervoor kan kiezen om het aantal door te belasten uren op te schroeven, zodat de omvang van de totale te vergoeden de-

840. Gerechtshof 's Gravenhage 29 april 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1433, r.o. 9.

841. Zie de uitspraak van de Kifid GC 2017-253, r.o. 4.7. In deze zaak was sprake van een vordering van maar liefst € 67.750 ten aanzien van een kantonprocedure. Bovendien overwoog de geschillencommissie dat er sprake was van een vriendendienst, waardoor eveneens een lager uurtarief zou moeten gelden.

claraties op hetzelfde neerkomt. In de praktijk zal moeten blijken in hoeverre dergelijke praktijken ook kunnen worden bestreden door middel van nauwkeurige controle van declaraties van externe rechtshulpverleners.

In het licht van het arrest *Stark*<sup>842</sup> geldt nadrukkelijk dat deze beperking slechts mag gelden ten aanzien van de omvang van de te vergoeden kosten, zodat advocaten of andere rechtshulpverleners niet mogen worden geweigerd op basis van hun uurtarief. Deze maatregel van een maximum vergoeding voor het uurtarief vertoont zo gezien grote overeenkomsten met de hiervoor besproken eigen bijdrage. De werking is evenwel anders aangezien niet een vast, vooraf bepaald, percentage wordt vergoed dan wel voor rekening van verzekerde blijft. De mate van de vergoeding is slechts bepaald door de maximumvergoeding per declarabel uur. De hoogte van het bedrag dat verzekerde voor eigen rekening neemt, is dan (naast de omvang van het aantal te declareren uren) afhankelijk van de hoogte van het tarief dat verzekerde uiteindelijk met de gekozen rechtshulpverlener overeenkomt. Het is derhalve te meer van belang dat een verzekerde zich rekenschap geeft van het uurtarief van de gekozen rechtshulpverlener alsmede van de resterende kosten die uiteindelijk voor zijn rekening zullen komen. Echter, in Zweden is een dergelijke kostenbeperkende maatregel wel in zwang. Zoals ik in paragraaf 10.5 hierna zal bespreken, is daar sprake van een combinatie van een maximum uurtarief (het uurtarief van de gefinancierde rechtsbijstand) en een percentage eigen bijdrage van 20% van de kosten (gerekend met het maximale uurtarief). Ik ga in paragraaf 10.5 ook dieper in op de bijkomende aspecten die gemoeid zijn met een toepassing van een dergelijk systeem.

Hier aan het slot van deze paragraaf bespreek ik in het licht van voorgaande kostenbeperkende maatregelen de implicaties van de vrije-advocaatkeuze-arresten van het HvJ EU.<sup>843</sup> In het arrest *Stark* uit 2011 heeft het hof zich uitgesproken over hoe de minimale keuzevrijheid onder artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG zich verhoudt tot de dekking van de daarmee gemoeide externe kosten. Zoveel is duidelijk: verzekeraar mag niet tornen aan de keuzevrijheid zelf van verzekerde, ten aanzien van de door deze te kiezen persoon, maar wel mogen grenzen worden gesteld aan de omvang van de (kosten)dekking. De maatstaf die daarbij moet worden gehanteerd is niet concreet en aan de hand van de feiten en omstandigheden te beoordelen door de nationale rechter. Deze implicaties gelden zowel voor een eigen risico in de vorm van een eenmalig bedrag en/of een percentage van de kosten van de rechtshulpverlener maar ook voor de lagere kostenmaxima.

Met het arrest *Stark*<sup>844</sup> van het HvJ EU is er in wezen een nieuw criterium bijgekomen wat betreft de omvang van de minimaal te vergoeden kosten van de vrijelijk gekozen rechtshulpverlener: er moet telkens sprake zijn van een 'redelijke keuzevrijheid'. In de zaak *Stark* ging het mede om de vraag of verzekeraar ten aanzien van de te vergoeden kosten van de externe rechtshulpverlener een beperking mocht aanbrengen tot de gebruikelijke vergoeding van de kosten van een lokale, in het arrondis-

842. HvJ EU 26 mei 2011, ECLI:EU:C:2011:355.

843. Zie ook paragraaf 8.4 e.v.

844. Idem.

sement van de rechtbank gevestigde advocaat.<sup>845</sup> Bedacht moet worden dat — zoals in paragraaf 8.4.2 besproken — het ging om de berekening van het voor de procesbijstand van de advocaat verschuldigde Oostenrijkse wettelijke tarief, dat kon worden berekend als enkel of dubbel tarief. Hier kon het hof relatief eenvoudig bepalen dat de beperking van de door rechtsbijstandverzekeraar onnodig grote afstand van de gekozen advocaat tot het gerecht waar werd geprocedeerd — hetgeen leidde tot hogere declaraties — te rechtvaardigen was. Van verzekerde mocht hier worden verlangd dat hij, gezien hij een redelijke mate van keuze had, worden verwacht dat hij de meerkosten zelf droeg. De hoogte van het uurtarief van de rechtshulpverlener vertoont echter geen correlatie met de afstand van de advocaat tot het gerecht waar hij procedeert, zodat het criterium van de zaak *Stark* niet zondermeer een-op-een kan worden toegepast ter beoordeling van de redelijkheid van een uurtarief.<sup>846</sup>

Wat de duidelijkheid niet ten goede komt, is dat het HvJ EU tegelijkertijd de redenering bezigt dat de keuzevrijheid onder artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG zou zijn geschonden wanneer vanwege de kostenbeperkingen het ‘in de praktijk onmogelijk werd, een redelijke keuze te maken wat zijn vertegenwoordiger betreft’ (r.o. 33 van het arrest) alsook de redenering gebruikt dat ‘de door deze verzekeraar werkelijk betaalde vergoeding toereikend is’ (r.o. 36 van het arrest). Gezien deze laatste zinsnede is het verleidelijk te concluderen dat steeds *alle kosten* van de gekozen advocaat moeten worden vergoed, behoudens beperkingen ten aanzien van de onoverbrugbare reistijd zoals in het arrest *Stark* aan de orde was. Die zienswijze lijkt mij echter onjuist, aangezien het hof in het arrest eveneens nadrukkelijk heeft overwogen dat het aspect van de dekking in Richtlijn 87/344/EEG niet is geregeld en minimaal een redelijke keuze moet kunnen worden gemaakt. Een *redelijke keuzevrijheid* is iets anders dan *absolute keuzevrijheid*. Als gevolg van een (te) ruime lezing zou de in het vorig hoofdstuk besproken Franse praktijk van fijnmazige kostenmaxima, met bijkomend gevolg dat verzekerde regelmatig een eigen bijdrage betaalt, totaal op zijn kop worden gezet. Ik houd het er daarom op dat met de tweede zinsnede bedoeld is: de door deze verzekeraar werkelijk betaalde vergoeding toereikend is voor een redelijke keuze ten aanzien van de te kiezen rechtshulpverlener.

Een voor de hand liggend gevolg van de verruimde keuzevrijheid sinds het arrest *Sneller*<sup>847</sup> is zodoende dat verzekerden de gekozen advocaat of andere rechtshulpverlener bovenop de kostenvergoeding van verzekeraar regelmatig een eigen bijdrage dienen te betalen. Dit strookt wat mij betreft met het principe: ‘met vrijheid komt verantwoordelijkheid’ en de hiervoor besproken gematigde premiebedragen die voor de rechtsbijstandverzekering worden betaald. Vanwege de onvoorspelbaarheid van rechtshulpkosten die gepaard gaat met de verruimde keuzevrijheid, noopt de praktijk tot het toepassen van aanvullende maatregelen, die veel vaker erin zullen resulteren dat verzekerden moeten ‘bijleggen’ om het gat tussen premie-

845. HvJ EU *Stark/D.A.S.*, r.o. 14.

846. Wanneer de advocaat per uur declareert voor zijn bijstand in een procedure kan rechtsbijstandverzekeraar evenwel wel beperkingen aanbrengen ten aanzien van de te vergoeden reistijd als verzekerde een advocaat kiest aan de andere kant van het land terwijl hij ook een advocaat aanzienlijk dichterbij de plaats waar de zaak dient kon kiezen.

847. HvJ EU 7 november 2013, ECLI:EU:C:2013:717.

inkomsten en geprognosticeerde risico's aan te vullen. Op deze behoefte in de praktijk aan aanvullende maatregelen, zoals tariefregulering, ga ik in paragraaf 10.5 in.

### 10.3 **Bezuinigingsmaatregelen: besparing op interne kosten en efficiënt inzetten van juridisch personeel**

In de vorige paragraaf besprak ik diverse wijzen van kostenbesparing. Hierna ga ik in op de bestrijding van interne kosten van de rechtsbijstandverzekeraar, meer specifiek die van de juristen en advocaten in loondienst van verzekeraar of van het zelfstandig schaderegelingskantoor waaraan verzekeraar de rechtsbijstand heeft uitbesteed. Ik bespreek dit aspect apart van de hiervoor besproken kostenbeperkende maatregelen omdat het andere invalshoeken heeft. Met name de discussie omtrent kwaliteit versus kwantiteit heeft in het kielzog van de vrije advocaatkeuze aan aandacht toegenomen.<sup>848</sup> Interne kostenbesparing wat betreft juridisch personeel is daarom een tweezijdig zwaard.

In de vrije-advocaatkeuzediscussie is – wat mij betreft – kwaliteit van juristen van rechtsbijstandverzekeraars versus advocaten (en in minder prominente mate andere externe rechtshulpverleners) de ‘olifant in de kamer’. Verzekeraars en advocaten prijken beiden met klanttevredenheidscijfers. Nog afgezien van het feit dat kwaliteit op zichzelf lastig meetbaar is – want wat neem je als ijkpunt en wie neem je als referentiekader? – lijkt mij het een hachelijke kwestie om daarin een vergelijking te maken.<sup>849</sup> In een dermate groot speelveld van duizenden advocaten en tientallen rechtsbijstandverzekeraars, die gemeenschappelijk ook weer de beschikking hebben over duizenden juristen, lijkt mij dit ook niet de meest zinvolle en relevante vraag. Wat hiervan ook zij, schiet die vraag aan mijn onderzoeksvragen voorbij. Ik bespreek hieronder daarom slechts de relatie tussen de mogelijke gevolgen van verruiming van de vrije advocaatkeuze binnen het terrein van de niet-procesmonopoliezaken en kostenbesparing op juristen van rechtsbijstandverzekeraars en schaderegelingskantoor.

Voorop staat dat er evident sprake is van een verschuivende balans. Neemt men de schaarse cijfers die ik in hoofdstuk 2 heb genoemd ter hand, dan diende aanvankelijk uit te worden gegaan van een percentage uitbestedingen aan advocaten variërend tussen de 1 en 8%. Dit zijn echter de cijfers die gelden voor de periode tot en met 2012. Na het in 2013 gewezen arrest *Sneller*<sup>850</sup> zal dit percentage onmiskenbaar zijn toegenomen, evenals de daarmee gemoeide schadelast. Ik veronderstel voor het gemak dat sprake is van een zekere constante in de vaste personeelskosten en toedelen van de winst aan aandeelhouders, reserveringen, etc. Ik voorzie dan het volgende beeld wat betreft de stijgende werkdruk van de interne juristenstaf van een rechtsbijstandverzekeraar.

848. Zie o.a. R. Oonk, *De rechtsbijstandverzekering: kleren maken de man* (www.mr-online.nl).

849. Vergelijk Conclusie voormalig A-G Spier 11/04252 voorafgaand aan het arrest *Sneller/DAS* bij de Hoge Raad, punt 3.5.2-3.7.2, ECLI:NL:PHR:2012:BW7507. Enig onderzoek is verricht in opdracht van WODC, Eshuis, Geurts & Beenackers 2012; Eshuis & Geurts 2016 (evaluatie ophoging competentiegrens kantonrechter).

850. HvJ EU 7 november 2013, ECLI:EU:C:2013:717.

Een voor de hand liggend gevolg van toenemende externe kosten van (door verzekerden) gekozen rechtshulpverleners, terwijl het bestand juristen van rechtsbijstandverzekeraars gelijk blijft, is een lagere interne dossierlast, hetgeen zich vertaalt in minder behoefte aan personeel. Daarnaast ontstaat tegelijkertijd nog een minstens zo grote noodzaak aan kostenbesparing door de stijgende externe kosten ter zake de door verzekerden gekozen rechtshulpverleners. Deze twee factoren gecombineerd betekenen dat in grotere mate bezuinigd moet worden dan de voornoemde afname van de interne dossierlast. Dit kan als volgt worden toegelicht.

Ik neem als uitgangspunt dat de interne rechtshulp van rechtsbijstandverzekeraar een factor goedkoper is dan de externe rechtshulp. Dit is immers de grondslag van het Nederlandse model dat rust op het ‘in-beginsel-naturarechtshulp’-principe. De in hoofdstuk 2 besproken schaars beschikbare cijfers ondersteunen deze aanname, waar ik vaststelde dat een externe advocaat gemiddeld een factor 4 kost ten opzichte van de kosten van behandeling van de interne jurist van rechtsbijstandverzekeraar of het schaderegelingskantoor. Verder is een gegeven dat in ieder geval de 21% BTW over de kosten van de externe rechtshulpverlener (aanvullend) moet worden betaald, verondersteld dat de BTW niet kan worden verrekend via een bedrijfsmatig handelende verzekerde.<sup>851</sup> Daarnaast rekenen externe advocaten veelal nog kantoorkosten en dient rekening te worden gehouden met een winstopslag. Een en ander leidt er dus vrijwel steeds toe dat elk uitbesteed dossier een zekere factor zwaarder op de schadelast van verzekeraar drukt dan een intern behandeld dossier. Om die kostenstijging te bestrijden en een evenwicht te bereiken, dient dan in dezelfde factor te worden bespaard op personeelskosten. Kortom, er dient verhoudingsgewijs meer te worden gesneden in het interne personeelsbestand dan de kwantitatieve omvang van de aan externe rechtshulpverleners uitbestede dossierlast.

Rechtsbijstandverzekeraars hebben vooralsnog de gevolgen van de verruiming van de vrije advocaatkeuze in het arrest *Sneller*<sup>852</sup> gemarginaliseerd door het opnemen van lagere kostenmaxima in de verzekeringsvoorwaarden. Dit doet echter niet af aan de forse te wachten toename van aanspraken op kostenvergoedingen.

Als gevolg van de uitspraak van het HvJ EU inzake *Sneller* wordt geacht steeds een ruime uitleg van de vrije advocaatkeuze te hebben gegolden. Het hof heeft immers geen beperking toegekend aan de werking van de uitspraak, zodat deze ex tunc geldt. Dit betekent dat met inachtneming van de wettelijke verjaringsregels, stuitingsregels (7:942 BW) en verplichtingen van verzekerde (artikel 7:941 BW) vermoedelijk een groot aantal (na)vorderingen worden ingesteld tegen verzekeraars, onverschillig of er daarbij eerder melding is gedaan bij verzekeraar of niet (bijvoorbeeld omdat verzekerde ervan uitging dat hij geen vrije advocaatkeuze had ter zake een gerechtelijke of administratieve procedure en hij geen genoegen nam met een jurist van verzekeraar).<sup>853</sup>

851. Opdrachtverlening door rechtsbijstandverzekeraar geschiedt immers via onmiddellijke vertegenwoordiging, op naam van verzekerde, zie Holthinrichs 2015, paragraaf 27.9.2.

852. HvJ EU 7 november 2013, ECLI:EU:C:2013:717.

853. Vergelijk bijvoorbeeld de Kifid-zaken GC 2016-029 en GC 2015-400, waarbij in beide gevallen werd geoordeeld dat de vordering van verzekerde verjaard was.

De dempende effecten van de geïntroduceerde lagere kostenmaxima zullen ook niet gelijk intreden. Dit vergt enige tijd. Veelal zullen de nieuwe voorwaarden per premieervaldatum van toepassing worden verklaard met inachtneming van artikel 7:940 lid 1 BW, waarbij verzekerden de mogelijkheid hebben om op te zeggen althans de verzekering niet te continueren. Gezien rechtsbijstandverzekeringen veelal een korte looptijd kennen, zal vermoedelijk geen gebruik worden gemaakt van de en-bloc wijzigingsmogelijkheid van artikel 7:940 lid 4 BW, waarbij verzekerden dan de mogelijkheid moeten worden geboden om de verzekering terstond op te zeggen. Ten slotte zal vanwege het na-ijleffect bij de introductie van nieuwe verzekeringsvoorwaarden veelal nog een beroep worden gedaan op de oude voorwaarden, die ten tijde van het zich voordoen van het verzekerd evenement nog van toepassing waren.

Een en ander brengt met zich mee dat een verzekeraar als gevolg van de verruimde vrije advocaatkeuze eerst te maken krijgt met een forse toegenomen schadelast vanwege de hogere externe kosten. Ik veronderstel dat op enig moment ingrijpen noodzakelijk is om de kosten-batenbalans te handhaven. Hoe dit zich ontvouwt kan in enige mate worden voorspeld. Een natuurlijk voordeel kan snel omslaan in een nadeel. Waar rechtsbijstandverzekeringsjuristen in het voordeel zijn om zich relatief snel te specialiseren in de voorkomende, gedekte rechtshulpgebieden – bestuursrecht, consumentenrecht, vastgoed, personen- en familierecht, burenrrecht, etc. – kunnen overstelpende aantallen dossiers verstikkend gaan werken voor de interne rechtshulpverleners van rechtsbijstandverzekeraars.<sup>854</sup> Op een gegeven moment keert de wal dan het schip. Het is dan niet denkbeeldig dat de kwaliteit daarbij wél onder druk komt te staan. Bovendien zou het niet verbazen wanneer juist de groeiende dossieraantallen van de juristen van verzekeraars leiden tot achterstanden en ontevredenheid van verzekerden over dossierbehandeling, wat zich op zijn beurt weer vertaalt in meer verzoeken tot een vrije advocaatkeuze. Op die manier dreigt dus een exponentiële toename van het aantal uitbestedingen.

Over de omvang van de toename van uitbestedingen sinds de verruimde keuzemogelijkheden sinds het arrest *Sneller*<sup>855</sup> valt weinig zinnigs te zeggen. Wel ga ik hier nog in op een ander praktisch gevolg van de verruiming: de verminderde mogelijkheid van planning van kosten en reserveringen. Waar tot het *Sneller*-arrest,<sup>856</sup> buiten het domein van het procesmonopolie de rechtshulp in procedures nog tot het exclusieve terrein van verzekeraar behoorde, konden de interne dossierlast en kosten relatief eenvoudig worden voorspeld. Zodoende was beter in beeld hoeveel juristen noodzakelijk waren. Nu dient rekening te worden gehouden met minder voorspelbare noodzaak tot personeel. De gevolgen zullen vermoedelijk verschillend uitwerken op gespecialiseerde rechtsbijstandverzekeraars dan op multibranche verzekeraars die rechtsbijstand uitbesteden aan een zelfstandig schaderegelingskantoor

854. De genoemde rubrieken stroken veelal met de gedekte rechtsgebieden. Vanwege de grote instromen van deze categorieën zaken heeft de rechtsbijstandverzekeraar of het schaderegelingskantoor de ruimte om te werken in secties, gelijk als bij middelgrote en grote advocatenkantoren.

855. HvJ EU 7 november 2013, ECLI:EU:C:2013:717.

856. Idem.



De eerste categorie verzekeraars, de gespecialiseerde rechtsbijstandverzekeraars die de schades zelf afwikkelen, zitten mijns inziens in een lastiger parket dan de tweede. Deze hanteren het economische bedrijfsmodel van de schadeverzekeraar en moeten tegelijkertijd faciliteren dat dienstverlening van rechtshulp in goede orde plaatsvindt. Dit laatste aspect, van dienstverlening vergt een prudente planning van te behandelen dossiers. Niet alleen moet op een kostenefficiënte wijze de productiemiddelen worden ingezet maar er moet ook een bepaalde kwaliteit van dienstverlening worden gehandhaafd. Nu de planning wordt bemoeilijkt vanwege de verruimde keuzevrijheid van verzekerden ligt naar mijn mening eerder het gevaar op de loer dat de interne dossierlast en werkdruk voor juristen oploopt. Waar – zoals genoemd – de stijging van externe kosten een minstens even grote bezuiniging op het personeel verlangt, zal dit erin resulteren dat de resterende dossiers worden verdeeld over een verhoudingsgewijs veel kleinere populatie interne juristen. Dit betekent derhalve dat de kostprijs van de interne jurist per dossier omlaag gaat omdat hij meer dossiers dient te behandelen in dezelfde tijd.

Nu evenwel lastig is te voorspellen hoeveel verzoeken tot vrije advocaatkeuze er in een periode binnen zullen komen, kan niet makkelijk worden geanticipeerd op de toenemende interne dossierlast die wordt verdeeld over een kleinere populatie juristen. Op een tijdelijke toename van interne dossierlast is het nog lastiger om in te grijpen. Het aannemen van nieuw personeel zal vanwege werving, inwerken en opleiding een uitgesteld effect hebben. Het inschakelen van tijdelijke (detachering, freelance) krachten zal bovendien relatief duur zijn. Toch zal dit veelal een meer voor de hand liggende optie zijn waar nog niet kan worden voorzien hoe het in een volgende periode met het aantal en de omvang van de dossieruitbestedingen zal zijn gesteld. Ik verwacht daarom dat het voor deze categorie verzekeraars verleidelijk zal zijn om eventuele afnames van het aantal uitbestedingen in niet-procesmonopoliezaken vooral eerst af te wachten, zonder structurele kostbare maatregelen te nemen via het aantrekken van personeel. Eventueel kunnen tijdelijk kostbaardere interim-juristen worden ingeschakeld.

Met de tweede categorie verzekeraars – die de dossierbehandeling uitbesteden aan een schaderegelingskantoor – liggen de zaken qua planning en organisatie vermoedelijk anders. Deze verzekeraars handelen conform artikel 3 lid 2 onder b Richtlijn 87/344/EEG en daarop gebaseerde artikelen in de Wft aldus dat er in de verzekeringsovereenkomst een vast schaderegelingskantoor dient te zijn aangewezen. Het schaderegelingskantoor zal dossiers in de regel buitengerechtelijk (preprocesueel) en gerechtelijk (of in een administratieve procedure) behandelen. Hier is het economisch risico van verzekeraar in zekere mate afgescheiden van het probleem van inregeling van de dienstverlening. Daarbij veronderstellend dat verzekeraar bulkafspraken maakt met het schaderegelingskantoor, die periodiek worden herzien, heeft hij een goed deel van risico's afgewenteld op het schaderegelingskantoor. Een goed voorstelbaar model van een afspraak tussen verzekeraar en het schaderegelingskantoor is dat van een vaste prijs per te behandelen dossier. De kostprijs per dossier is hier dus constant voor verzekeraar. Wanneer in dit scenario sprake is van teruglopende aantallen dossiers, is het probleem van constante personeelskosten dus een probleem van het schaderegelingskantoor en niet van verzekeraar. Het probleem van enerzijds toegenomen externe kosten van rechtshulp-

verlening ter zake vrije advocaatkeuze en anderzijds een groot personeelsapparaat voor minder te behandelen dossiers is hier derhalve een gedeeld probleem van verzekeraar en het schaderegelingskantoor. Anders gezegd: verzekeraar draagt de meerkosten van de duurdere externe rechtshulpverlener, terwijl het schaderegelingskantoor vanwege de aan de externe rechtshulpverlener uitbestede dossiers ter zake een vergoeding misloopt.

Ten aanzien van het hier besproken model van verzekeraars die met een schaderegelingskantoor werken kan mijns inziens een aantal positieve conclusies worden getrokken:

- Afhankelijk van de gemaakte afspraken tussen verzekeraar en het schaderegelingskantoor komen de gevolgen van een toenemend aantal uitbestedingen in niet-procesmonopoliezaken voor gedeelde last en rekening van verzekeraar en schaderegelingskantoor.
- Vanwege de vaste kostprijs per te behandelen dossier is er minder incentive en draagvlak voor een rigoureuze besparing op juristen bij toenemende uitbesteding. Daarom is er ook minder snel sprake van een excessieve toename van dossierbestanden van juristen. Er kan weliswaar sprake zijn van een teruglopend aantal uitbestedingen aan het schaderegelingskantoor maar dit is minder belastend dan een directe afwenteling van de externe kosten via het schaderegelingskantoor.
- Het schaderegelingskantoor kan zich toeleggen op dienstverlening, conform het dienstverleningsmodel van een vaste prijs per dossier. Hij hoeft zich daarbij minder te laten leiden door het principe dat de kosten voor de baten uitgaan.

Kortom, ik mag het nut van het gebruik van een schaderegelingskantoor onderschrijven. Wel zal het schaderegelingskantoor eventueel een oplossing moeten verzinnen voor afnemende mate van te voeren gerechtelijke en administratieve procedures, waar verzekerden daarbij kiezen voor een externe rechtshulpverlener. Hier zou naar mijn mening echter een commercieel en operationeel voordeel van schaderegelingskantoren kunnen worden benut. Het schaderegelingskantoor behoeft zich niet exclusief toe te leggen op het behandelen van rechtsbijstanddossiers maar kan ook optreden in de tak van de commerciële betaalde dienstverlening, zolang maar de compliance-regels in ogenschouw worden genomen. Het schaderegelingskantoor kan zodoende op meerdere markten tegelijk werken.

Of het schaderegelingskantoor zijn commerciële diensten nu conform het model ‘uurtje-factuurtje’ of via fixed-fee aanbiedt, zolang daarbij maar de regels van artikel 3 lid 2 onder b Richtlijn 87/344/EEG en 4:65 Wft worden gerespecteerd.<sup>857</sup> Dit betekent dat de personeelsleden en leden van het leidinggevend orgaan van het schaderegelingskantoor die zich bezighouden met rechtsbijstandverzekeringszaken

857. Een verwant geval is de door aan SRK gelieerde commerciële tak SRK Rechtshulp BV, echter hierbij is sprake van een afzonderlijke rechtspersoon.

niet tegelijkertijd dezelfde of soortgelijke werkzaamheden mogen verrichten ten behoeve van een andere verzekeringsbranche van de verzekeraar waarmee het schaderegelingskantoor financiële, commerciële of administratieve banden heeft. Waar wel rekening mee moet worden gehouden, is de situatie dat de rechtsbijstand-verzekerde een geschil kan hebben met een persoon of bedrijf die op commerciële basis rechtsbijstand krijgt van het schaderegelingskantoor. Voor die situatie moet duidelijk beleid worden uitgezet, waarbij in voorkomend geval een keuze moet worden gemaakt: of het dossier van verzekerde wordt aan een externe rechtshulpverlener uitbesteed of de diensten voor de commercieel betalende tegenpartij worden gestaakt.

Het voordeel van voornoemde werkwijze is dat juridisch personeel van het schade-regelingskantoor optimaal kan worden ingezet. Bij terugloop van rechtsbijstand-dossiers aan het schaderegelingskantoor, bijvoorbeeld vanwege toegenomen ver-zoeken om vrije advocaatkeuze, kan extra capaciteit worden ingezet voor commer-ciële zaken, waarbij cliënten betalen.

Het hier genoemde commerciële voordeel van het schaderegelingskantoor kan naar ik verwacht niet in dezelfde mate worden benut door de gespecialiseerde rechtsbij-standverzekeraar of de multibranche verzekeraar die intern een gescheiden beheer toepast. Deze combinatie lijkt mij om meer redenen bezwaarlijker en minder op-portuun. Zo is eerder bepleitbaar dat de gedragsregels en financiële regels van de Wft van toepassing zijn (ook) op de behandeling van commerciële dossiers. Er zal een duidelijke financiële afbakening moeten worden gemaakt tussen de activiteiten als verzekeraar en die als commercieel juridisch dienstverlener, wat waarschijnlijk onder meer meebrengt dat een aparte vennootschapsrechtelijke structuur moet worden opgericht. Daarom zal dat het inzetten van de juristen die rechtsbijstand-dossiers behandelen naar verwachting minder praktisch en efficiënt zijn. Het doel van efficiency wordt dan vermoedelijk ten dele of geheel voorbijgeschoten.

Resumerend acht ik het, in een markt waarin de randvoorwaarden ingrijpend zijn veranderd, verstandig dat verzekeraars en schaderegelingskantoren waar mogelijk de kansen benutten om juridisch personeel efficiënt en optimaal in te zetten. Dit klemmt te meer daar de Nederlandse markt van rechtsbijstandverzekeringen zich vermoedelijk (vooralsnog) niet goed leent voor een zuivere kostenverzekering, waarbij verzekeraar zich alleen richt op de kosten van de rechtsbijstand door externe rechtshulpverleners. Er is tot op heden immers slechts één verzekeraar geweest die gedurende een korte periode grootschalig een zuivere kostenverzekering heeft gevoerd voor de zakelijke markt, Roland Rechtsbijstand.<sup>858</sup> Naar officieel verluidt, heeft deze verzekeraar zich 'om strategische redenen' teruggetrokken van de markt in 2014. Het laat zich raden, maar het ligt vooralsnog voor de hand dat het vanwege onvoorspelbare advocatentarieven enerzijds en gematigde premies van rechtsbij-standverzekeringen anderzijds niet opportuun is om een zuivere kostenverzekering te voeren.

858. Gedurende de periode 2010-2014. Zie AMweb, persberichten van 5 oktober 2009 en 23 september 2014 ([www.amweb.nl](http://www.amweb.nl)).

Ik zou hier tot slot nog een paradoxale suggestie willen doen voor de praktijk. De frequentie van verzoeken tot vrije advocaatkeuze zouden allicht kunnen worden teruggebracht wanneer verzekerden meer ‘bewust worden’, aldus een beter beeld krijgen van de kosten gemoeid met uitbesteding aan dure advocaten en andere rechtshulpverleners. Dit zou meer zichtbaar kunnen worden wanneer de rechtsbijstand in procedures van zowel de interne als de externe rechtshulp ten laste komt van het kostenmaximum. Door verzekerden een lagere kostprijs voor de interne rechtshulp in het vooruitzicht te stellen – overeenkomstig de lagere kostprijs daarvan – terwijl externe rechtshulpverlening zwaarder ten laste van het kostenbudget wordt gebracht, zal verzekerde alsdan een reden hebben om eerder voor interne rechtshulp te kiezen. Ten opzichte van de huidige, bestaande producten zal verzekerde daarom naar verwachting zich meer bewust worden van de kosten van rechtshulp onder een rechtsbijstandverzekering.

Bovendien zal er een incentive moeten zijn naar verzekerden om een dergelijk verzekeringsproduct te kiezen, bijvoorbeeld in de vorm van een lagere premie of ruimer kostenmaximum. Waarom zou een verzekerde anders kiezen voor een product waarbij de interne rechtshulp wordt verrekend met een bepaald tegoed (kostenmaximum), terwijl hij evenzogoed een verzekeringsproduct kan kiezen waarbij de interne rechtshulp onbeperkt vergoed wordt?

Ten slotte merk ik op dat, hoewel het speelveld voor Nederlandse rechtsbijstandverzekeraars sinds het arrest *Sneller*<sup>859</sup> wezenlijk is veranderd, de rechtsbijstand in de preprocesuele fase – behoudens het geval waarin een belangenconflict optreedt (artikel 4:67 lid 1 onder b Wft) – voorbehouden blijft aan rechtsbijstandverzekeraars en de ingeschakelde schaderegelingskantoren. Dit brengt mee dat door rechtsbijstandverzekeraars zelf of via een schaderegelingskantoor voldoende juristen ingezet moeten worden om te adviseren, schikkingen te beproeven en te corresponderen met tegenpartijen. Hierdoor zal de rechtsbijstandverzekeraar steeds een zekere invloed en grip hebben op de beheersing van uitbestedingen. Immers, waar door verzekeraar of het schaderegelingskantoor reeds een inhoudelijke behandeling is gestart, kunnen er voor verzekerde goede redenen zijn de procedure ook in de procesuele fase met dezelfde behandelaar van de verzekeringsmaatschappij of het schaderegelingskantoor voort te zetten. Tegelijkertijd dient de dossierbehandelaar zich ervan bewust te zijn dat het dossier uiteindelijk wellicht dient te worden overgedragen aan een door verzekerde gekozen externe rechtshulpverlener. Dit vergt in ieder geval een goede dossieropbouw en er moet worden gewaakt voor ingrijpende handelingen in de preprocesuele fase met verstreckende implicaties voor een procedure.

#### AANBEVELING 2:

Schaderegelingskantoren die worden ingeschakeld voor rechtsbijstandverzekeraars zouden met inachtneming van artikel 3 lid 2 onder b Richtlijn 87/344/EEG (art. 4:65 lid 3 Wft) op commerciële basis rechtshulpverlening kunnen aanbieden, zodat aldaar werkzame rechtsbijstandverzekeringsjuristen tezelfdertijd dergelijke com-

859. HvJ EU 7 november 2013, ECLI:EU:C:2013:717.

merciële diensten kunnen leveren. Daarmee wordt kostenefficiënt gewerkt — immers de arbeidscapaciteit wordt optimaal ingezet — en kunnen eventuele verliezen, vanwege minder uitbestedingen van verzekeraar aan het schaderegelingskantoor ter zake gerechtelijke en administratieve procedures, worden opgevangen.

### AANBEVELING 3:

Het creëren van een alternatief rechtsbijstandverzekeringsproduct waarbij bij het aanvangen van een gerechtelijke of administratieve procedure niet — zoals nu — enkel de kosten van de externe rechtsbijstand ten laste komt van het budget met kostenmaximum, maar ook de interne rechtsbijstand wordt verrekend tot het kostenmaximum, zij het met een gereduceerd tarief. Zodoende wordt budget met kostenmaximum een soort portefeuille waarvan verzekerde onder de rechtsbijstandverzekering naar eigen goeddunken invulling aan zijn rechtsbijstand kan geven, hetgeen bewustwording ter zake de kosten van rechtshulp kan creëren bij verzekerden.

## **10.4 Evaluatie van de interne rechtshulpverlening en de rol en kwaliteiten van de rechtsbijstandverzekeringsjurist**

Ik zie, vanwege het structureel ontbreken van zuivere kostenverzekeringen in de rechtsbijstandverzekeringsmarkt in Nederland en de prominente rol van rechtsbijstandverzekeraars in de preprocesuele fase, een belangrijke noodzaak tot het verankeren van de rol en kwaliteit van de 'rechtsbijstandverzekeringsjurist'. Tegelijkertijd blijft er een blijvende wederzijdse spanning bestaan tussen een rechtsbijstandverzekeraar en de belangrijkste concurrent, de advocatuur.<sup>860</sup> Daar de advocatuur tegelijkertijd grootafnemer van rechtsbijstanddossiers en concurrent is, acht ik het bevorderlijk dat de goede verstandhouding tussen deze beide spelers behouden blijft en tegelijkertijd zoveel mogelijk een level-playing-field wordt bereikt.<sup>861</sup> Immers, de advocatuur en rechtsbijstandverzekeraars zijn in zekere zin tot elkaar veroordeeld.

Hoewel eenzelfde situatie als in Nederland bij de in dit onderzoek betrokken andere landen niet speelt — de bevoegdheden van rechtsbijstandverzekeringsjuristen strekken er niet zo ver als hier — is er wel een parallel te trekken wat betreft de rol van de netwerkadvoocaat. In Duitsland en Frankrijk bestaat kritiek op de rol van de netwerkadvoocaat, met name ten aanzien van de lage kostprijs waarvoor zij werken.<sup>862</sup> In Frankrijk heeft dit er uiteindelijk onder andere in geresulteerd dat de figuur van de netwerkadvoocaat werd verboden via de 2007 Loi reforme.<sup>863</sup> Een vergelijkbare situatie, waarbij het Nederlandse rechtsbijstandverzekeraars verboden wordt om in procedures rechtshulp te verlenen, is om in de voorgaande paragraaf genoemde redenen niet te verwachten.

860. Timman 1990, Blankenburg & Klijn 1990, p. 570.

861. Zie Blankenburg & Klijn 1990, p. 579.

862. Zie paragraaf 9.2.8 en 9.4.4.

863. Idem paragraaf 9.4.4.

Enkele aspecten voeden mijns inziens in belangrijke mate de discussie over de ongelijkheid tussen rechtsbijstandverzekeraars en advocatuur.<sup>864</sup> Allereerst voert een verzekeraar een bedrijfsmodel op basis van een verzekering, derhalve met een uitgestelde prestatieverplichting. De baten gaan aldus voor de kosten uit. De advocaat daarentegen gaat in beginsel een verplichting aan jegens zijn cliënt om terstond op te treden en zal in de regel betaald krijgen naar duur en omvang van zijn diensten. Een verzekeraar heeft zo beschouwd een natuurlijk argument om zo min mogelijk kosten te maken waar de premie reeds is betaald door verzekerde. Deze redenering gaat echter gelijkelijk op voor alle schadeverzekeringen, alleen men zou kunnen stellen dat 'de kat op het spek wordt gebonden' daar waar de verzekeraar tevens het beheer heeft over de uitvoering van rechtsbijstand. Dit argument wordt naar mijn mening echter weer opgeheven door de omstandigheid dat advocaten evenzogoed een incentive hebben om zo lang mogelijk rechtshulp te verlenen, om zodoende meer te kunnen declareren bij de cliënt. Beide argumenten zijn in dezelfde mate waar en nopen ter voorkoming van excessen in dezelfde mate tot het treffen van waarborgen.

Dan kom ik tot een tweede aspect. Anders dan de advocatuur, waar het (persoonlijke) tuchtrecht geldt voor de dienstverlenend advocaat, bestaat voor de rechtsbijstandverzekeringsjurist zelf geen tuchtrecht. Dit tuchtrecht bestaat slechts op het niveau van verzekeraars. Een uitzondering betreft de advocaat in loondienst, omdat deze immers onderworpen is aan de regels van tuchtrecht van de advocatuur.<sup>865</sup> De interne jurist van een verzekeraar, of hij in dienst van verzekeraar is of het schaderegelingskantoor, zal tegelijkertijd ook nooit zelf contractueel aansprakelijk zijn voor de uitvoering van de rechtsbijstand. Hij is immers geen contractspartij. Een en ander maakt in mijn ogen dat er een onbevredigend verschil is in de kaders waarin de advocaat respectievelijk de jurist optreedt. Verderop in deze paragraaf zal ik daarom ingaan op de vraag of het wenselijk is tuchtrecht van toepassing te laten zijn op een rechtsbijstandverzekeringsjurist. Hieronder sta ik eerst nog stil bij eventuele andere mogelijkheden waarmee de kloof (verder) zou kunnen worden gedicht.

Vanwege de discussie omtrent de transparantie van de kwaliteit van de rechtsbijstandverzekeringsjurist, de gespannen verhouding tussen advocatuur en rechtsbijstandverzekeraars en een mogelijk tanend vertrouwen van verzekerden, wil ik de onderstaande maatregelen bepleiten om de situatie te verbeteren. In de kern gaat het mijns inziens om de volgende aspecten:

- Versterking en verankering van het profiel van de rechtsbijstandverzekeringsjurist als de feitelijke rechtshulpverlener aan verzekerden;
- Wisselwerking tuchtrecht en rol jurist rechtsbijstandverzekeraar/schaderegelingskantoor -> sancties tegen de jurist? Wat te doen als deze voor een schade-

864. Zie hoofdstuk 3.

865. De advocaat in loondienst heeft evenwel niet een grote vlucht genomen in Nederland, hetgeen te betreuren is aangezien de kloof tussen advocatuur en rechtsbijstandverzekeraars zo wellicht kan worden gedicht.

regelingskantoor werkt?

- Een splitsing van dekkingsbeoordeling en uitvoering van rechtshulp bij verzekeraars en schaderegelingskantoren;
- Bezinning over de aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid van de behandelend rechtsbijstandverzekeringsjuristen.

Ik licht deze maatregelen kort toe.

Allereerst is er het profiel van de rechtsbijstandverzekeringsjurist. Van de rechtsbijstandverzekeringsjurist kan wel worden gezegd dat deze relatief onzichtbaar is. Hij werkt immers in loondienst van een grote verzekeringsmaatschappij. Advocaten hebben in de regel een zelfstandig profiel en staan daarom vaak vermeld op de website van het advocatenkantoor. Zij hebben bovendien een zelfstandige inschrijving bij de balie. Er zou mijns inziens niets op tegen zijn om de rechtsbijstandverzekeringsjurist meer te profileren. In tegendeel, dit zou juist tot een vergroting van de transparantie en inzichten in de kwaliteit van rechtshulp leiden. Daartoe zouden rechtsbijstandverzekeraars een register kunnen gaan bijhouden van de rechtsbijstandverzekeringsjuristen, werkzaam bij verzekeringsmaatschappijen en schaderegelingskantoren. Om dit register te vullen kunnen specialisaties, opleiding, vervolgoopleidingen en data van opname in het register worden vermeld.

Er is al een enige vooruitgang geboekt met de Kwaliteitscode voor Rechtsbijstandverzekeraars en juridisch zelfstandige schaderegelingskantoren, welke in 2010 voor het eerst vast werd gesteld en in 2014 in werking is getreden.<sup>866</sup> In deze regeling is de maatstaf voor de dienstverlening van rechtsbijstandverzekeraar en de schade-regeling omschreven. Een aparte plaats daarin krijgt de positie van de rechtsbijstandverzekeringsjurist ('rechtshulpverlener'), waarvoor een aantal criteria op is gesteld. Aanspreekpunt blijft echter de verzekeraar en niet de betreffende jurist (artikel 8). Wel zou men zich kunnen voorstellen dat een verzekeraar na ernstige dan wel herhaaldelijke fouten van een bepaalde rechtsbijstandverzekeringsjurist tuchtrechtelijk ter verantwoording wordt geroepen en gemaand wordt om op te treden tegen de betreffende jurist.

Een belangrijke ontwikkeling in de kwaliteitscode is dat het profiel van de rechtsbijstandverzekeringsjurist specifiek is geregeld.<sup>867</sup> Hier valt naar mijn mening echter veel winst te behalen. De normen die qua opleiding en permanente educaties worden gesteld aan juristen zijn betrekkelijk open en vrijblijvend geformuleerd.

866. Te downloaden via de website van het Verbond van Verzekeraars ([www.verzekeraars.nl](http://www.verzekeraars.nl)).

867. Artikel 6 luidt:

'Kennis en vaardigheden: De rechtsbijstandverzekeraar beschikt over een gedocumenteerd opleidingsplan, waarin minimaal is opgenomen dat:

- a. Alle rechtshulpverleners hebben een bij de functie passende vooropleiding genoten.
- b. Alle rechtshulpverleners bij indiensttreding een bij de functie passende basisopleiding krijgen.
- c. Rechtshulpverleners jaarlijks bij de functie passende permanente educatie dienen te volgen.
- d. Junior-medewerkers, naast opleidingen, een mentor en training-on-the-job krijgen.
- e. Ervaren medewerkers, naast opleidingen, collegiale coaching of intervisie krijgen.
- f. De continuïteit van het opleidingsplan gegarandeerd is.'

Ik vraag mij af of het niet realiseerbaar zou zijn om concrete eisen te stellen aan vooropleiding en de interne opleiding die genoten wordt tijdens het traject tot medewerker-rechtsbijstandverzekeringsjurist. Om er blijk van te geven dat er sprake is van een level-playing-field en ten behoeve van transparantie, kan erover worden gedacht om de interne opleiding centraal uit te besteden aan een onafhankelijk, deskundig instituut. Nu is een en ander nog overgelaten aan verzekeraars zelf, terwijl tegelijkertijd niet concreet blijkt naar welke maatstaven wordt getoetst. Hetzelfde geldt voor de permanente educatie. Niet vermeld is hoeveel permanente educatie er moet zijn en hoe die wordt ingevuld via interne of externe educatie. Kortom, de criteria van zelfregulering kunnen hier naar mijn mening een stuk specifiekere worden gemaakt en de wijze van (toetsing van) naleving beter geborgd.<sup>868</sup>

Een bijzonder aspect hierbij is – niet minder belangrijk – dat wordt voorzien in een zekere mate van transparantie van de kwaliteit van de individuele rechtsbijstandverzekeringsjurist. Ik doe een suggestie voor de praktijk van rechtsbijstandverzekeraars ontleend aan de Duitse advocatuur. Bij de voornoemde regulering van het profiel van de rechtsbijstandverzekeringsjurist zou kunnen worden onderscheiden naar generalisten en specialisten. Onderscheidenlijke titels kunnen worden gebruikt, waarbij een functietitel zou kunnen worden gereserveerd voor een specialist (vergelijkbaar met de Duitse ‘Fachanwalt’). De specialist zal dan volgens de desbestemde criteria moeten voldoen aan het behalen van specifieke targets, bijvoorbeeld door het volgen van gerichte cursussen of het behalen van een specialisatiegraad. Maar hier kan ook worden gedacht aan het regelmatig publiceren in vaktijdschriften.

Ik kan me voorstellen dat de branche van rechtsbijstandverzekering baat heeft bij profilering in een tijdperk van aanhoudende discussie met de advocatuur over kwaliteitslevering. Een belangrijk voordeel daarbij is namelijk dat tegelijkertijd ook kan worden geborgd *hoe* de kwaliteitscontrole over de dienstverlening, meer specifiek de bijstand van rechtsbijstandverzekeringsjuristen, kan worden getoetst. Factoren van belang zijn dat wordt getoetst op de wijze waarop verzekeraars zorgen voor een kwalitatief hoogwaardige dienstverlening en hoe dit constant wordt gehouden. Verder spelen vragen als: welke middelen worden daarbij ingezet, hoe worden juristen daarbij gefaciliteerd door schaderegelingskantoren en verzekeraars, hoe wordt omgegaan met klachten aangaande de kwaliteit van rechtshulp? Zeer belangrijk is hier de vraag welke instantie de taak toegedicht krijgt om toezicht te houden op de naleving. Wordt dit eventueel aan een bestuursorgaan toebedeeld?

Een meer formele vraag is die hoe het profiel van de rechtsbijstandverzekering wordt verankerd. Momenteel geschiedt dit in de vorm van zelfregulering. Er kan echter ook worden overwogen om aspecten van de prestatie van verzekeraar en de rechtsbijstandverzekeringsjurist wettelijk te verankeren. Dit is in Frankrijk bijvoor-

868. Vergelijk ook de conclusie van WODC in de vergelijkende studie tussen advocatuur en rechtsbijstandverzekeraars, Eshuis, Geurts & Beenackers 2012, p. 6-7. Opgemerkt moet voorts worden dat de grootschalige klanttevredenheidscijfers die door verzekeringsmaatschappijen ten behoeve van de kwaliteitsmetingen niet per se indicatief behoeven te zijn voor de kwaliteit, aangezien het eerder een weerspiegeling betreft van eventuele discrepantie tussen verwachtingen en resultaten, Eshuis, Geurts & Beenackers 2012, p. 26-27.



beeld het geval ten aanzien van de rechtsbijstandverzekeringsjurist.<sup>869</sup> Een mate van regulering als bij de advocatuur ligt uiteraard niet voor de hand. Het beroep advocaat is immers een vrij beroep dat nog eens wettelijk is verweven met handelingen van procesrecht. Dit is een politieke keuze. Toch kan tegelijkertijd niet worden ontkend dat de rechtsbijstandverzekeringsjurist in toenemende mate een vaste plek in de rechtshulpmarkt inneemt. Daarom is het in de toekomst niet denkbeeldig dat specifieke procesrechtelijke bevoegdheden worden ingericht voor rechtsbijstandjuristen.<sup>870</sup> Men denke bijvoorbeeld aan het onderscheid tussen solicitors en barristers in Engeland. Een dergelijke uitbreiding van procesvertegenwoordigers rechtvaardigt uiteraard wel dat deze spelers ook onderworpen worden aan de nodige controlemaatregelen op de kwaliteitslevering.

Een suggestie met een persoonlijke noot hierbij is het bevorderen van persoonlijk contact tussen rechtsbijstandverzekeringsjurist en verzekerde. Een persoonlijk contact met verzekerde, de cliënt, maakt het allicht dat het dossier meer tot leven komt en tegelijkertijd voor verzekerden meer het gevoel bestaat gehoord en ‘gezien’ te worden. Dit lijkt mij voor rechtsbijstandverzekeraars van belang, gezien voor hen steeds het gevaar op de loer ligt dat verzekerde ter zake een procedure uiteindelijk voor een andere, externe jurist kiest. Verzekeraars hebben een landelijk dekkinggebied terwijl advocaten veelal kleinschaliger werken en regionaal georiënteerd zijn. Dit maakt vanzelfsprekend dat persoonlijk contact advocaten veel makkelijker af gaat. Tegelijkertijd zullen grotere verzekeraars regelmatig meerdere vestigingen hebben, zodat de afstand naar de consument al makkelijker te overbruggen is. Voor schaderegelingskantoren zal dit vermoedelijk anders liggen, maar in de toekomst is natuurlijk denkbaar dat er meer spreiding van schaderegelingskantoren komt.<sup>871</sup> Een oplossing van het probleem kan tevens worden gevonden in het werken met gedetacheerde juristen die bij een verzekerde in de buurt wonen, waar dit niet al te kostenverhogend werkt.

Een andere belangrijke aanbeveling waar ik aan hecht, is de scheiding van dekkingbeoordeling en dossierbehandeling. Tot het takenpakket van de rechtsbijstandverzekeringsjurist hoort vaak de dekkingbeoordeling. Dit zal veelal juridisch maatwerk zijn, waarbij ervaring behulpzaam is. Er kan zich immers een veelheid van dekkingdiscussies voordoen, waarbij met name de vragen naar het ontstaansmoment en kwalificatie van het geschil alsmede meldingskwesties nauw luisteren.<sup>872</sup> Het probleem schuilt er echter in dat bij de dekkingbeoordeling de rechtsbijstandverzekeringsjurist een ‘andere pet moet opzetten’. Hij dient immers eerst de poorten te bewaken van de verzekeringsmaatschappij en zorgvuldig te kijken of verzekerde jegens de maatschappij wel een aanspraak geldend kan maken. Pas als dit eenmaal vaststaat, kan de dossierbehandeling van start gaan. Men dient zich

869. Art. 59 en 60 Loi 71-1130.

870. Daarbij kan rekenschap worden gegeven van het gegeven dat de kwaliteit van recht, zie Eshuis, Geurts & Beenakkers 2012, p. 47.

871. Verschillende schaderegelingskantoren zitten verspreid over het land: SRK in Zoetermeer, Stichting Achmea Rechtsbijstand in Tilburg, Stichting Univé Rechtsbijstand in Assen, Anker Rechtshulp in Groningen, Stichting Rechtsbijstand ZLM in Goes. Het zou overigens niet ondenkbaar zijn dat meerdere schaderegelingskantoren kunnen worden ingezet voor één verzekeraar, voor zover dat maar in de verzekeringsvoorwaarden kenbaar is.

872. Holthinrichs 2015, paragraaf 27.7.

hier te beseffen dat het ‘noodzakelijk kwaad’ van de dekkingsbeoordeling – met bijhorende argwaan naar de omstandigheden rondom de persoon van verzekerde (‘nadeel van de twijfel’) – niet altijd evenzeer in dank wordt afgenomen door verzekerden. Ook kan het bijvoorbeeld voorkomen dat – vanwege kennelijke fouten of onvolledige kennis van feiten – pas tijdens de dossierbehandeling terug moet worden gekomen op eerdere dekkingsbeslissingen. Daarom zou het mijns inziens beter werken als de dekkingsbeoordeling separaat geschiedt. Verzekerde kan dan namelijk van start met een van aanvang volledig toegewijd jurist.

Tot slot van deze paragraaf bespreek ik dan nog een zeer belangrijk aspect ten aanzien van de persoonlijke verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van de behandelend jurist bij een verzekeraar of het schaderegelingskantoor. Allereerst dient te worden gewezen op een belangwekkend arrest van de Hoge Raad uit 2015. In die beroepsaansprakelijkheidszaak was onder meer de rechtsvraag aan de orde of voor een advocaat-medewerker (derhalve geen bestuurder van de maatschap) die als werknemer heeft opgetreden inzake de uitvoering van een contract met het advocatenkantoor een zwaardere aansprakelijkheidsdrempel geldt, dat van een ernstig persoonlijk verwijt (vergelijk artikel 2:9 BW gelijk de bestuurder), of dat er slechts sprake hoeft te zijn van een fout in de zin van artikel 6:162 BW. De A-G bepleitte het eerste, maar gaf rekenschap van een duivels dilemma waarbij hij een zwart scenario schetste voor de gevolgen van een te ruime zelfstandige aansprakelijkheid van werknemers.<sup>873</sup> De Hoge Raad ging echter contrair met de conclusie van de A-G en oordeelde dat voor de advocaat-werknemer, niet-contractant, de lagere aansprakelijkheidsdrempel van artikel 6:162 BW de juiste maatstaf is voor de norm of de advocaat heeft gehandeld als redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot (artikel 7:401 BW). Het arrest is kritisch ontvangen door een aantal juridische auteurs.<sup>874</sup> De vraag dient zich nu aan hoe deze uitspraak moet worden toegepast op andere beroepsbeoefenaren en tevens op werknemers.<sup>875</sup>

De vraag is hier: wat geldt voor rechtsbijstandverzekeringsjuristen? Waarom valt wel of niet aan te nemen dat zij onder het bereik van het arrest vallen? Een belangrijk argument tegen de toepassing op rechtsbijstandverzekeringsjuristen zou ik willen afleiden uit het feit dat een rechtsbijstandverzekering, anders dan het geval was in de voornoemde rechtszaak, geen overeenkomst van opdracht is. De norm van artikel 7:401 BW speelt zodoende niet (rechtstreeks) een rol. De facto is echter de beoordeling van een beroepsfout niet anders, aangezien er geen verschil is in de rol die rechtsbijstandverzekeringsjuristen jegens verzekerden (‘cliënten’) vervullen.

De rechtsbijstandverzekeringsjurist opereert daarnaast altijd onder de vlag van de verzekeringsmaatschappij. Hem komt volgens wet- en regelgeving momenteel geen zelfstandige rol toe. De vergelijking kan bijvoorbeeld gemaakt worden met (medisch) hulpverleners, welke op grond van artikel 7:453 BW in de wet een zelfstandige aansprakelijkheid toegedicht hebben gekregen. De uitvoerend advocaat-werknemer,

873. Conclusie A-G Spier, ECLI:NL:PHR:2015:711, punt 5.1 e.v.

874. Kraaipoel 2017, OR\_2015\_0325; Schweers & Rupert 2016, p. 217-224.

875. Kortmann bepleit dat de Hoge Raad geen algemene regel heeft willen geven in zijn noot onder het arrest, gezien de diversiteit onder beroepsbeoefenaren, JOR 2015/289 m.nt. S.C.J.J. Kortmann, onder 8.

niet-contractant, is in de voornoemde uitspraak van de Hoge Raad in feite onder datzelfde aansprakelijkheidsregime gebracht, waarbij hij zelfstandig aansprakelijk kan worden gehouden voor beroepsfouten. Voor de medisch hulpverlener en voor de advocaat geldt dat hun dienstverlening op grond van de wet kennelijk een meer ‘intuitu personae’, persoonlijk karakter, bezit dan bij de rechtsbijstandverzekerings-jurist.

Deze hypothese wordt bevestigd door het feit dat medici en artsen ook zijn onderworpen aan tuchtrecht.<sup>876</sup> Voor hen geldt derhalve dat zij hun kwalificaties kunnen verliezen, al dan niet tijdelijk, wanneer een tuchtrechtelijke maatregel tegen hen wordt genomen in een met waarborgen omklede procedure. Dergelijke beroepen bergen daarom in zich dat er niet alleen sprake is van verantwoordelijkheden en gedragsregels, maar ook van eisen (voorwaarden) die de beroepsfunctionaris mag stellen om zijn beroep goed te kunnen uitoefenen. Men denke daarbij ook aan belangenverenigingen van beroepsfunctionarissen en bijvoorbeeld de beroepsaansprakelijkheidsverzekering om dergelijke, veelal grote aansprakelijkheidsrisico's te kunnen dekken.

Onder de rechtsbijstandverzekering is sprake van een bijzondere dienstverlenings-verhouding tussen de rechtsbijstandverzekeringsjurist en verzekerde. Ik acht voornoemd streng aansprakelijkheidsregime voor advocaat-werknemers onder de huidige condities ook niet goed toepasbaar op deze juristen. De rechtsbijstandverzekeringsjurist is immers een relatief onzichtbare werknemer, veelal een kleinere rader in het mechanisme van de – veelal grote – maatschappij van verzekeraar, die niet gemakkelijk een vuist kan maken naar de verantwoordelijke bestuurders. Voor een schaderegelingskantoor geldt dit vermoedelijk ook, maar in mindere mate. Bij verzekeringsmaatschappijen speelt een pluraliteit aan belangen, veelal verzekeringseconomische belangen. Dit maakt de rol van de rechtsbijstandverzekeringsjurist in aansprakelijkheidsrechtelijk opzicht veel minder grijpbaar dan bij zijn concullega: de advocaat.

Betekent dit dat daarmee de achilleshiel van dienstenverrichting onder rechtsbijstandverzekeringen is blootgelegd? Ik meen dat dit niet per se het geval is. Bij verzekeringsmaatschappijen en schaderegelingskantoren gelden ook de schaalvoordelen en specialisaties. Buiten het terrein van het procesmonopolie, in allerlei voorkomende particuliere en MKB-geschillen (consumentenrecht, arbeidsrecht, huurrecht, bouwrecht, bestuursrecht, etc.) kunnen zij vaak bogen op een schat aan ervaring en kunde met dossierbehandeling en onderhandeling met wederpartijen van verzekerden.<sup>877</sup> Bovendien geldt dat bij zowel het tuchtrecht als het bijzondere aansprakelijkheidsregime voor de advocaat-medewerker steeds sprake is van controle achteraf, wanneer ‘het leed al is geschied’. Van wellicht nog groter belang is hoe preventief de kwaliteit wordt geborgd, hetgeen een universeel probleem vormt voor rechtsbijstandjuristen en advocaten gelijk.<sup>878</sup>

876. Artikel 46 e.v. Advocatenwet, artikel 47 e.v. Wet BIG.

877. Een bewijs dat rechtsbijstandverzekeringsjuristen niet onderdoen voor advocaten in civiele zaken, is geleverd met onderzoek van WODC naar aanleiding van de verhoging van de competentiegrens van de kantonrechter, Eshuis & Geurts 2016, p. 173.

878. Zie Winter e.a. 2015, p. 36.

Overigens moet worden opgemerkt dat de tegenstelling tussen rechtsbijstandverzekeringsjurist en advocaat niet helemaal zuiver is. Er bestaat immers de figuur van de advocaat in loondienst van verzekeraar of het schaderegelingskantoor.<sup>879</sup> De advocaat in loondienst heeft klaarblijkelijk niet de uitkomst geboden als mocht worden verwacht. Deze advocaat bevindt zich wellicht vaak tussen twee vuren, van enerzijds de verzekeraar en anderzijds de Nederlandse Orde van Advocaten. Toch zou de advocaat in loondienst naar mijn mening de kloof kunnen overbruggen die momenteel tussen rechtsbijstandverzekeraars en advocatuur bestaat. Bij SRK wordt sinds 2002 tot heden structureel gebruikgemaakt van advocaten in loondienst. Daarom kan men zich afvragen waarom de advocaat in loondienst toch nog een betrekkelijk bescheiden rol heeft.

#### AANBEVELING 4:

Het borgen van de kwaliteit van de rechtsbijstandverzekeringsjurist van verzekeraars en schaderegelingskantoren alsmede de verbetering van de toetsing daarvan. Aan de hand van een register zouden belangrijke gegevens van rechtsbijstandverzekeringsjuristen kunnen worden geregistreerd en diverse kwalificaties worden bijgehouden, zoals: leeftijd, vooropleiding, vervolgopleidingen, specialisatie(titels) en datum van inschrijving in het register. Bij wet of via zelfregulering kan tevens worden geborgd op welke specifieke kwaliteitscriteria bij verzekeraar of het schaderegelingskantoor wordt getoetst, waarbij valt te denken aan criteria inzake vooropleiding, interne opleiding, permanente educatie, specialisaties, etc. Een speciale titel kan worden gereserveerd voor rechtsbijstandverzekeringsjuristen met behaalde specialisatieopleidingen en nevenactiviteiten. Ten slotte kan een specifieke maatregel worden bedacht die verzekeraar via het in de branche bestaande tuchtrecht kan worden opgelegd bij herhaaldelijk opzettelijke fouten en grove nalatigheid van de betreffende jurist. Daarbij zal dan moeten worden vastgelegd dat deze jurist hoor en wederhoor krijgt en dat er geen ‘naming-and-shaming’ wordt toegepast. Ook andere wijzing van (preventieve) kwaliteitstoetsing via verzekeraar en het schaderegelingskantoor kunnen worden uitgewerkt, zulks mede wat betreft de wijze waarop juridische dienstverlening in de branche wordt gefaciliteerd.

#### AANBEVELING 5:

Het aanbrengen van interne scheiding voor dekkingsbeoordeling van schademeldingen enerzijds en rechtshulpverlening anderzijds. Het is mijns inziens minder wenselijk dat de behandeling van een melding wordt gestart met een kritische dekkingsbeoordeling van de rechtsbijstandverzekeringsjurist, waarna dezelfde behandelaar pas na bevestiging van verzekeringsdekking zich volledig kan committeren aan verzekerde en de dossierbehandeling.

---

879. Zie paragraaf 7.4.3.

### 10.5 **Tariefregulering, marktregulering en leidraad voor een ‘toereikende kostenvergoeding’ ten behoeve van een redelijke keuzevrijheid**

In de vorige twee paragrafen heb ik toegelicht dat rechtsbijstandverzekeraars sinds de verruimde vrije advocaatkeuze genoodzaakt zijn om verschillende maatregelen te treffen om een gezonde kosten-batenbalans te behouden. Omdat de procedures zonder procesmonopolie van de advocatuur eveneens onder het bereik van de vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG vallen, is er wat betreft risico-inschatting voor verzekeraars nieuw terrein te verkennen. Dergelijke procedures werden door verzekeraars vroeger in de regel niet uitbesteed. Daarnaast staat de markt van de rechtshulp uiteraard niet stil. Tegenwoordig treedt er een pluraliteit aan spelers op in de rechtshulpmarkt. Het is daarom te meer lastig om aan de hand van de maatstaf van het arrest *Stark*<sup>880</sup> aan te geven wat voor verzekerden qua advocaatkeuze een ‘redelijke keuzemogelijkheid’ is. Een verdere complicerende factor is dat het niet alleen om advocatentarieven gaat. Conform wet en richtlijn geldt immers een vrije keuze van rechtshulpverlener, zodat de pool rechtshulpverleners waaruit verzekerden kunnen kiezen groter en tegelijkertijd het door verzekeraar onder de rechtsbijstandverzekering te financieren kostenrisico onvoorspelbaarder is.

De overheid heeft in het kader van de onder de gefinancierde rechtsbijstand stijgende kostenlast onderzoek laten doen naar de mogelijkheden van een eventuele tariefregulering ter zake de advocatuur.<sup>881</sup> In dit onderzoek is mede gekeken naar de mogelijke gevolgen van tariefregulering voor de verzekeraarbaarheid van rechtsbijstand. De resultaten van het onderzoek zijn over het algemeen ontmoedigend. Geconcludeerd werd hoofdzakelijk dat tariefregulering in de onderzochte casestudy's niet leidde tot meer transparantie van prijs en kwaliteit, dat een systeem van *maximum*regulering niet bestaat in Europa en ten slotte dat tariefregulering niet noodzakelijk is om een systeem van *minimum*tarieven te creëren.<sup>882</sup> De conclusie – en passant – ter zake de rechtsbijstandverzekering is positiever. De onderzoekers concludeerden dat tariefregulering behulpzaam kan zijn voor de verzekeraarbaarheid van de advocaatkosten, in het licht van de verruimde vrije advocaatkeuze.<sup>883</sup>

Het is op het eerste gezicht opmerkelijk dat het antwoord op de vraag of tariefregulering wenselijk is voor de rechtsbijstandverzekering in Nederland niet onvoorwaardelijk met ‘ja’ wordt beantwoord. Mijn bevindingen in het vorige hoofdstuk ten aanzien van de Duitse en Oostenrijkse advocatuur waren namelijk dat de prijzen van rechtshulp aanmerkelijk gematigd zijn vergeleken met de Nederlandse markt.<sup>884</sup> De onderzoekers gingen in hun studie echter uit van de situatie dat tot dan toe (2015) relatief weinig problemen bestonden wat betreft de beheersing van advocaat-

880. HvJ EU 26 mei 2011, ECLI:EU:C:2011:355.

881. Zie paragraaf 2.3.2, rapport Winter e.a. 2015.

882. Winter e.a. 2015, p. 6.

883. Idem, p. 89-90.

884. Paragrafen 9.2.7 en 9.3.7 en hiervoor.

kosten daar Nederlandse rechtsbijstandverzekeraars doorgaans tariefafspraken kunnen maken met advocaten.<sup>885</sup>

Het is maar de vraag of dit laatste het geval blijft. Aan het procesmonopolie en de praktijk van rechtsbijstandverzekeraars qua uitbestedingen in procesmonopoliezaken is niet getornd, zodat inderdaad te verwachten valt dat verzekeraars daarbij doorgaans goede tariefafspraken kunnen maken met advocaten.<sup>886</sup> Voor de nieuwe zaken die buiten het domein van het procesmonopolie en onder het verruimde recht van vrije advocaatkeuze vallen, ligt dit natuurlijk wezenlijk anders. In 2015, ten tijde van de voornoemde studie, kon nog niet de balans worden opgemaakt, gezien de nieuwe kostenmaxima – zoals hiervoor besproken – pas later hun effect zullen hebben.

Ik bespreek hieronder daarom enkele mogelijkheden om een standaardisering aan te brengen in door verzekeraar te vergoeden kosten van externe rechtshulp. Dit kan langs twee wegen plaatsvinden: via wettelijke tariefregulering (paragraaf 10.5.1) of zelfregulering (paragraaf 10.5.2).

### 10.5.1 Tariefregulering?

Een tariefregulering lijkt mij een geëigend middel om kostenbeheersing te stimuleren. De onderzoekers (Winter e.a.) wijzen er mijns inziens echter terecht op dat een tariefregulering problematisch kan zijn vanuit het oogpunt van mededingingsregels.<sup>887</sup> Zij wijzen op de toepasselijke Europeesrechtelijke regels van artikel 4 lid 3 EU en artikel 101 VWEU. Net als hiervoor besproken ten aanzien van de sociale-zekerheidszaken en de ziekenfondsen (paragraaf 8.7.3.3) zal er, wanneer de overheid een mededinging beperkende belemmering op wil werpen, sprake moeten zijn van een beperking gegrond op dwingende redenen van algemeen belang.<sup>888</sup> De onderzoekers stellen in dat verband dat een maximumtarief door de Europese Commissie waarschijnlijk minder bezwaarlijk zal worden gevonden dan een minimumtarief.<sup>889</sup>

Eerst wanneer daadwerkelijk zal blijken dat de huidige lagere kostenmaxima in de praktijk structureel of op grote schaal tot problemen leiden, bijvoorbeeld vanwege een wanverhouding tussen de hoogte van deze maxima en gangbare tarieven van advocaten, dient een tariefregulering naar mijn mening te worden overwogen. In dat verband doe ik voor die situatie aan het slot van deze paragraaf een aanbeveling.

Als alternatief of complement voor tariefregulering kan een inperking van het procesmonopolie worden overwogen, zulks ten behoeve van ruimere processuele

885. Winter e.a. 2015, p. 81.

886. Of die tarieven door de advocaat uiteindelijk tegen wil en dank worden aanvaard, valt te bezien.

887. Winter e.a. 2015, paragraaf 2.4.1.

888. Zaken C-184/13 tot en met C-187/13, C-194/13, C-195/13 en C-208/13, 'API'.

889. Winter e.a. 2015, p. 24.

mogelijkheden en bevoegdheden van de rechtsbijstandverzekeringsjurist.<sup>890</sup> Ik ga hier niet uitgebreid in op dit alternatief. Een dergelijk gevoelig onderwerp dient naar mijn mening uitgebreid te worden besproken op het moment dat afdoende gezichtspunten beschikbaar zijn voor een gedegen discussie over de haalbaarheid en alsmede voor- en nadelen. Ik stip hier daarom slechts enkele invalshoeken aan van de wijze waarop een dergelijke verandering van het procesrechtelijke landschap de kostenbeheersing onder de rechtsbijstandverzekering ten nutte kan zijn.

Ik zou mij in de eerste plaats kunnen voorstellen dat het monopolie voor civiele zaken in eerste aanleg in de toekomst zal worden afgeschaft, in de zin dat voortaan over de gehele linie ook bepaalde andere vakbekwame juristen worden toegelaten, zoals rechtsbijstandverzekeringsjuristen. Het procesmonopolie zou voortaan althans kunnen worden gereserveerd voor specialistische civiele zaken (IE-zaken, zaken voor de Ondernemingskamer, etc.). Tussen de handelskamer, de civiele kamer en de kamer voor kantonzaken lijkt mij inhoudelijk en processueel een grote mate van overlap te zitten, hetgeen vaak blijkt uit de omstandigheid dat rechters in hun carrière vaak wisselen tussen de verschillende kamers. Dit klemmt te meer gezien de regels van dagvaardingen uniform van toepassing zijn (art. 78 e.v. Rv). Ook voor zaken die door een verzoekschrift dienen te worden ingeleid geldt dat er diverse procesingenangen zijn die door niet-advocaten kunnen worden gestart.<sup>891</sup> Bovendien heeft zich met betrekking tot het kort geding in de rechtspraak de figuur ontwikkeld van de ‘rechtshelper’, die een ter zitting verschenen gedaagde bijstand kan verlenen.<sup>892</sup> Meer prominent acht ik het onderscheid tussen procedures in eerste aanleg, in beroep en cassatie in civiele procedures. De laatstgenoemde twee rechtsingenangen onderscheiden zich meer ten opzichte van die van eerste aanleg, aangezien daarbij meer specifieke procesrechtelijke handelingen wordt verlangd van de procesvertegenwoordiger, zodat het procesmonopolie hier ook meer voor de hand liggend is.

Voor deze dissertatie is hier slechts van belang dat een inperking van het recht van procesmonopolie ten gunste van de rechtsbijstandverzekeringsjurist de kostenlast onder de rechtsbijstandverzekering ten goede kan komen. Ik zie dit als volgt. Er ontstaat mijns inziens een logischere scheiding tussen dossiers bij rechtsbijstandverzekeraar, waar de dossiers in eerste aanleg (vrijwel) steeds door rechtsbijstandverzekeraar *kunnen* worden behandeld, en die bij de advocaat. In civiele beroepszaken zal de zaak steeds door een advocaat moeten worden behandeld, evenals in cassatie. Dit creëert vermoedelijk een aanzienlijke kostenbesparing bij rechtsbijstandverzekeraar. Deze besparing komt vervolgens ten goede van het budget voor

890. In het licht van de noodzaak tot verandering en modernisering van de rechtspraak noemde voorzitter van de Raad voor de Rechtspraak Bakker de verplichte procesvertegenwoordiging als één van de mogelijke obstakels ter zake de toegang tot het recht, zie toespraak ter gelegenheid van de Dag voor de Rechtspraak van Voorzitter van de Raad voor de Rechtspraak F. Bakker, persbericht van 28 september 2017 ([www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl)).

891. Huurrecht: b.v. art. 7:230a BW; b.v. Appartementsrecht: art. 5:121 BW, art. 5:130 BW; Handelsnamenrecht: art. 6 Handelsnaamwet. Overigens wordt het procesrecht in civiele zaken met de komst van het KEI ook vereenvoudigd in de zin dat het onderscheid tussen de dagvaardingsprocedure en verzoekschriftenprocedure komt te vervagen vanwege de uniforme procesinleiding, zie landelijk procesreglement civiele zaken rechtbanken en gerechtshoven KEI ([www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl)).

892. HR 28 april 1995, ECLI:HR:1995:ZC1718 (*Woningbedrijf Amsterdam/Teunisse*).

hogere beroepszaken, cassatie en die zaken waarin het dossier moet worden uitbesteed na een vrije advocaatkeuze van verzekerde. Zo nodig en mogelijk kan die hier besproken inperking van het procesmonopolie in eerste aanleg worden gekoppeld aan het reguleren van tarieven en vergoedingen aan advocaten. Zodoende kan voor alle betrokken partijen een verbetering van het systeem worden bewerkstelligd.

#### AANBEVELING 6:

Om te onderzoeken of tariefregulering ten behoeve van rechtsbijstandverzekering-zaken een reële optie is, kunnen de voor- en nadelen ervan worden onderzocht. De volgende onderzoeksvragen kunnen worden geformuleerd:

- Is een minimumtarief, een maximumtarief of een combinatie daarvan aangewezen?
- Vindt de tariefregulering voor alle rechtsbijstandverzekeringsdossiers plaats of enkel voor de zaken die buiten het domein van het procesmonopolie vallen?
- Is er in de gegeven situatie voldoende bewijs voor een (gerechtvaardigde) nationale uitzondering op de mededingingsregels op grond van dwingende redenen van algemeen belang, gezien de wijze van toepassing van de tariefregulering (minimum- c.q. maximumtariefregulering)?
- Kan een tariefregulering breed gedragen worden vastgesteld?<sup>893</sup>

#### 10.5.2 Zelfregulering

Tariefregulering door middel van overheidsingrijpen is niet de enige aangewezen vorm van regulering. Ook zelfregulering is een optie. Ik bespreek hieronder enkele mogelijkheden waarin verzekeraars het probleem van aanwassende externe kosten zelf zouden kunnen bestrijden door het treffen van nadere voorzieningen waarbij ten aanzien van externe rechtshulp een tariefregulering wordt toegepast. Dit vergt een samenwerking van brancheorganisaties: het Verbond van Verzekeraars en de NOvA).

Allereerst zou de advocatuur als grootafnemer van rechtsbijstandzaken voor het voeren van bijstand aan verzekerden in procedures tot afspraken kunnen komen met verzekeraars. Of dit zal slagen is vooralsnog te betwijfelen gezien de herhaaldelijk verstoorde onderlinge verstandshouding. Gaan we ervan uit dat er voldoende wederzijds draagvlak is om te komen tot afspraken over gangbare tarieven, dan zou dit als volgt kunnen worden geregeld.

Ik verwacht dat een prijsafpraak tussen advocatuur en rechtsbijstandverzekeraars, via hun onderscheidenlijke belangenvertegenwoordigers (NOvA en Verbond van

---

893. Idem.



Verzekeraars) niet zonder meer de toets der kritiek kan doorstaan. Daarbij zijn zij immers gebonden aan mededingingsregels ter voorkoming van kartelvorming. Een onderzoek naar de juridische mogelijkheden van onderlinge prijsafspraken voor rechtsbijstand in niet-procesmonopolieprocedures valt buiten bestek van dit onderzoek. Ik wijs evenwel naar de mogelijkheid van het uitvaardigen van een standaardregeling voor dergelijke voorwaarden ex artikel 6:214 BW welke prijsafspraken bevatten, zodat de voorwaarden wettelijke basis krijgen. Gezien de genoemde problematiek inzake mededingingsregels is het allicht bevorderlijk dat afspraken over tarieven eerst een solide draagvlak krijgen en tot stand komen na beraad met de betrokken branches, zulks in het kader van een wetgevingsprocedure.<sup>894</sup> Verder voorziet de procedure van artikel 6:214 BW in de mogelijkheid dat betrokken belanghebbenden bij de regeling om inspraak worden gevraagd. Derhalve zal het opportuun zijn om ook een consumentenorganisatie en MKB-belangenorganisatie vertegenwoordigd te hebben in de beraadslaging via een door de wet te formeren commissie die zich zal buigen over tariefafspraken.<sup>895</sup>

Daarnaast kan, gelijk als bij de geïntroduceerde lagere kostenmaxima, eenzijdige zelfregulering door rechtsbijstandverzekeraars worden toegepast. Ik noem daartoe twee opties.

Een goed voorbeeld uit het onderzoek naar tariefregulering van Winter e.a. is de casestudy inzake Zweden. Het Zweedse systeem vertoont een grote verwantschap tussen rechtsbijstandverzekering en gefinancierde rechtshulp. Het systeem werkt als volgt.<sup>896</sup> Een belangrijk vertrekpunt van het Zweedse systeem is het algeheel ontbreken van procesmonopolie. Voor de minder draagkrachtigen (tot € 27.228) is er de overheidsgefinancierde rechtsbijstand.<sup>897</sup> Tevens geldt daarbij een gestaffeld inkomensafhankelijk eigen risicotarief van een *percentage van de totale (externe) kosten van rechtsbijstand*, variërend van 2% tot en met 40% met vaste minimumbedragen. De kosten van gefinancierde rechtsbijstand zijn daarmee ook veel meer afgewenteld op de rechtszoekende en het systeem staat in sterk contrast met het Nederlandse, dat slechts bescheiden vaste eigen risicobedragen kent (tot maximaal € 849 in 2017). Voorts kent Zweden een vast wettelijk uurtarief voor gefinancierde rechtsbijstand-zaken van € 136 excl. 25% BTW.<sup>898</sup> Ook geldt in beginsel een maximum van 100 declarabele uren voor de externe rechtshulpverlening.

De rechtsbijstandverzekering heeft in Zweden een sterke correlatie met de gefinancierde rechtsbijstand. Anders dan in het Nederlandse systeem geldt in beginsel slechts toegang wanneer men een rechtsbijstandverzekering heeft die geen dekking biedt. Er is dus sprake van een verplichte rechtsbijstandverzekering.<sup>899</sup> Daar tegen-

894. Zie het hiervoor beschrevene ten aanzien van tariefregulering en mededinging.

895. Artikel 6:214 lid 2 BW.

896. Winter e.a. 2015, hoofdstuk 6.

897. Prijspeil 2015. Er lag een wetsvoorstel in de maak om deze grens op te schroeven naar € 41.890 waarbij dan in plaats van de huidige 43% maar liefst 80% in aanmerking zou komen voor gefinancierde rechtsbijstand. Daarbij vigeert de gedachte dat overheidsbijstand niet enkel aan de zwakkeren in de maatschappij moet toekomen. Winter e.a. 2015, p. 69.

898. Prijspeil 2015; Winter e.a. 2015, p. 67.

899. Rapport Commissie Wolfsen 'Herijking rechtsbijstand - Naar een duurzaam stelsel voor de gesubsidieerde rechtsbijstand', p. 221 ([www.parlementairemonitor.nl](http://www.parlementairemonitor.nl)).

over staat dat de rechtsbijstandverzekering gekoppeld is aan de woon- en inboedelverzekering en bescheiden is geprijsd.<sup>900</sup>

De rechtsbijstandverzekering vormt derhalve het complement van de gefinancierde rechtsbijstand. Een aantal factoren is daarbij maatgevend. Ten eerste stellen rechtsbijstandverzekeraars het voor een externe rechtshulpverlener te vergoeden tarief op het wettelijke uurtarief van de gefinancierde rechtsbijstand: € 136 excl. 25% BTW. Vanwege de afwezigheid van het procesmonopolie kan verzekerde ook een niet-advocaat kiezen. Ten tweede vergoedt verzekeraar bij bewijs van geschiktheid de gekozen rechtshulpverlener 80% van voornoemde vaste tarief tot maximaal het in de verzekering overeengekomen kostenmaximum.<sup>901</sup> De overige 20% dient verzekerde derhalve rechtstreeks bij de rechtshulpverlener af te rekenen. Ten slotte vallen geschillen met een beperkt belang tot € 2.094 (prijspeil 2015) onder de franchise en zijn niet gedekt. Voor dergelijke lagere vorderingen wordt verwezen naar laagdrempelige alternatieve geschillenbeslechtsprocedures. Dit systeem leidt volgens de onderzoekers tot positieve ervaringen.<sup>902</sup>

Het Zweedse systeem toont aan dat een wettelijke tariefregulering van (advocaten)tarieven niet noodzakelijk is om de externe kosten onder de verzekering beheersbaar te houden, ook niet wanneer de gangbare advocatentarieven aanzienlijk hoger zijn dan het door verzekeraars geaccepteerde tarief. Ik zou het systeem van Zweedse rechtsbijstandverzekeraars willen duiden als een vorm van (geaccepteerde) eenzijdige zelfregulering. Het systeem van de rechtsbijstandverzekering wordt er gekenmerkt door een wezenlijke eigen bijdrage van verzekerde in de kosten van externe rechtshulp. Volgens Winter e.a. leidt het systeem onder meer daarom tot een grote inspanning tot schikken en een zorgvuldige procesafweging.<sup>903</sup> Anderzijds hebben rechtsbijstandverzekeraars in Zweden geen advocaten in dienst en mogen zij zich, net als in Frankrijk, op generlei wijze bemoeien met de keuze van verzekerde voor zijn rechtshulpverlener. Dit betekent dat een vrije advocaatkeuze geldt vanaf aanvang van melding van het dossier (de kostenverzekering).

Het Zweedse systeem is naar mijn mening een volwaardig en bruikbare alternatief voor een tariefregulering. Het heeft waarschijnlijk het voordeel dat een dergelijk systeem makkelijker implementeerbaar is dan een vorm van wettelijke tariefregulering. Bovendien, een dergelijk systeem waarbij 20% van de kosten door verzekerde zelf moeten worden gedragen bestaat hier al in Nederland. Verwezen zij naar het – in paragraaf 8.7.3 beschreven – onder de naturapolis geïntroduceerde hinderpaalcriterium ingevolge waarvan minimaal 75 tot 80% van de marktconforme declaraties van de kosten van een (door verzekerde gekozen) niet-gecontracteerde zorgaanbieder moet worden vergoed.

900. Een verzekeringsmaatschappij becijferde de prijs op € 10 per jaar, Winter e.a. 2015, p. 71.

901. Verzekeraars behouden zich het recht voor om de redelijkheid en noodzakelijkheid van declaraties van de rechtshulpverlener te beoordelen, Winter e.a. 2015, p. 72-73.

902. Winter e.a. 2015, p. 70. Zie voor een integraal overzicht van de voordelen en nadelen, p. 76.

903. Zodoende wordt ook de verliezende partij niet met alle proceskosten belast, aangezien de verliezende partij in de regel ook de kosten van de tegenpartij draagt, al dan niet na matiging. Zie Winter e.a. 2015, p. 70.

Vervolgens is het de vraag hoe een dergelijk systeem, toegepast op de rechtsbijstandverzekering, zich zou verhouden tot de vigerende Europese rechtspraak. In gevolge van het *Stark*-arrest<sup>904</sup> moet er wat betreft de dekking van de (te vergoeden kosten van de) gekozen rechtshulpverlener de facto tenminste een *redelijke keuzevrijheid* voor verzekerde zijn, waarbij aan de hand van de omstandigheden van het geval door de nationale rechter dient te worden onderzocht of daarin wordt voorzien.<sup>905</sup> Ondanks dat dit derhalve een casuïstische toets betreft, meen ik dat – vanwege de werkbaarheid in de praktijk – een algemenerisering op zijn plaats is. Ik doe daarvoor een voorzet.

Wanneer een algemene maatstaf dient te worden verschaft voor de praktijk, biedt een percentage van 80% van een redelijk te achten rechtshulptarief naar mijn idee een bruikbaar criterium. Dit percentage is – zoals in paragraaf 8.7.3 besproken – maatschappelijk breed gedragen onder een ander soort kostenverzekering: de zorgverzekering. Ik zie niet waarom dat niet ook zou kunnen gelden voor de rechtsbijstandverzekering. In de voormalige ziekenfondszaken verlangde het HvJ EU dat een beperking bij grensoverschrijdende zorg van het aan de buitenlandse zorgaanbieder te betalen tarief berust op objectieve, transparante, niet-discriminerende criteria.<sup>906</sup> In het midden kan hier mijns inziens blijven of het ‘hinderpaalcriterium’ daadwerkelijk is af te leiden uit deze Europese rechtspraak ter zake de ziekenfondszaken. Het percentage dat wordt gehanteerd, een vergoedingspercentage van 75 à 80% van marktconform tarief, lijkt een werkbaar criterium te vormen, dat voor zorgverzekerden een acceptabele balans slaat tussen keuzevrijheid en betaalbare zorgkosten. Ten slotte, waarom verschilt het door de wetgever onder de zorgverzekering tot uitgangspunt genomen criterium, dat het voor een zorgverzekerde niet een feitelijke hinderpaal mag worden om zorg te betrekken van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder, wezenlijk van het criterium uit het *Stark*-arrest:<sup>907</sup> dat verzekerde een redelijke keuze moet kunnen maken wat rechtshulpverlener betreft?

Uitgaande van de maatstaf van een door rechtsbijstandverzekeraar te vergoeden 80% van vrij gekozen rechtshulpverlener dient vervolgens te worden bepaald wat een acceptabel gemiddeld te betalen (uur)tarief is voor rechtshulp. Dit zal zich aanmerkelijk lastiger laten bepalen. Ook hier valt evenwel een brug te slaan tussen de zorgverzekering en rechtsbijstandverzekering. Ter zake het hinderpaalcriterium geldt het *marktconforme tarief*. Het marktconforme geldt daarbij als het wettelijke tarief en bij ontbreken van een wettelijk tarief van de gemiddelde prijs die door de zorgverzekeraar aan gecontracteerde zorgaanbieders wordt betaald.<sup>908</sup>

Dit laat zich vervolgens aldus vertalen naar de rechtsbijstandverzekering. Bij ontbreken van een wettelijk (gereguleerd) tarief voor rechtshulp zou op vergelijkbare wijze als onder de zorgverzekering kunnen worden gewerkt met de *gemiddelde prijs van de tarieven van de door verzekeraar (gecontracteerde) netwerkadvocaten*. De netwerkad-

904. HvJ EU 26 mei 2011, ECLI:EU:C:2011:355.

905. HvJ EU *Stark/D.A.S.*, r.o. 33.

906. HvJ EG 12 juli 2001, C-157/9 (*Smits-Peerbooms*), r.o. 107.

907. HvJ EU 26 mei 2011, ECLI:EU:C:2011:355.

908. *Kamerstukken II* 2004/05, 29763, 7, p. 98-99.

vocaten vormen immers het equivalent van de gecontracteerde zorgverleners van zorgverzekeraars. Deze aan netwerkadvocaten te betalen tarieven zijn vermoedelijk vrij eenvoudig te becijferen. Gelijk als bij de zorgverzekering en het hinderpaalcriterium is verder van wezenlijk belang dat verzekeraar de gemiddelde tarieven die hij betaalt voor netwerkadvocaten telkens tijdig inzichtelijk maakt voor verzekerden. Daarmee is immers gewaarborgd dat verzekerden telkens bij contractsluiting geïnformeerd zijn en dat zij een weloverwogen keuze kunnen maken wat betreft te betalen premie, mate van keuzevrijheid en in verband met keuzevrijheid te ontvangen kostenvergoeding.

Ten aanzien van het gemiddeld te vergoeden tarief ligt het voorts voor de hand om aan te sluiten bij *de tarieven van gefinancierde rechtsbijstand*, zoals in Zweden is geschied. Een dergelijk tarief is immers maatgevend voor een maatschappelijk tarief van rechtshulp. Men zou zelfs kunnen stellen dat in Duitsland en Oostenrijk met het systeem van minimumvergoedingen een resultaat wordt bereikt vergelijkbaar met dat van gefinancierde rechtsbijstand, aangezien met de gekozen minimumtarieven de ondergrens van reguliere wettelijke vergoeding worden gevolgd. Rechtsbijstandverzekeraars sluiten in die landen stelselmatig aan bij die minimumtarieven.<sup>909</sup> De gebruikelijke markttarieven van advocaten liggen in ieder geval in Duitsland, zeker bij lagere financiële belangen, meestal hoger.<sup>910</sup> Voor al de hiergenoemde stelsels geldt dat de aldus door rechtsbijstandverzekeraars betaalde vergoedingen geenszins steeds een volledige vergoeding behelzen. Uiteindelijk is het aan verzekerde en zijn gekozen rechtshulpverlener om overeen te komen wat de rechtshulpverlener voor zijn diensten rekent.

Een praktische complicatie van toepassing van het tarief van de gefinancierde rechtsbijstand bij een vrije keuze van rechtshulpverlener, is dat bij de gefinancierde rechtsbijstand met puntensysteem met gefixeerde vergoedingen wordt gewerkt.<sup>911</sup> Wanneer eenmaal wordt gekozen voor een dergelijke toepassing zal nader rechts-economisch onderzoek noodzakelijk zijn om de gevolgen daarvan te onderzoeken. Daarbij komen mij in ieder geval de volgende obstakels voor:

- Wordt het systeem getransponeerd voor enkel niet-procesmonopoliezaken (post-Sneller) of ook voor zaken die onder het domein van het procesmonopolie vallen?
- Is er veel overlap tussen de ‘gedekte’ rechtsgebieden onder de gefinancierde rechtsbijstand en rechtsbijstandverzekeringen? Of vallen bepaalde rechtsgebieden bij de gefinancierde rechtsbijstand stelselmatig niet onder de ‘dekking’, zodat naar analogie een vergoeding voor onder de rechtsbijstandverzekering moet worden geconstrueerd?

Op het hier ter zake vrij gekozen rechtshulpverleners bepleite maximum uurtarief met percentage eigen bijdrage in de rechtshulpkosten kan de kritiek worden uitge-

909. Zie paragraaf 9.2.7 en 9.3.7.

910. Winter e.a. 2015, p. 58 en 64: het gaat immers om een wettelijk *minimumtarief*.

911. Zie rapport Commissie Wolfsen, ‘Herijking rechtsbijstand - Naar een duurzaam stelsel voor de gesubsidieerde rechtsbijstand’, hoofdstuk 2 ([www.parlementairemonitor.nl](http://www.parlementairemonitor.nl)).

oefend dat (afhankelijk van de hoogte van dit maximum) voor verzekerde vrij snel een deel van de markt van commerciële rechtshulpverleners buiten bereik valt. Dit wordt bovendien nog pregnanter wanneer men zich realiseert dat rechtsbijstandverzekerden het soms minder breed hebben. Bovendien kan een eigen bijdrage met een gemaximeerd uurtarief snel oplopen en komt het erop aan dat verzekerde met de door hem gekozen rechtshulpverlener duidelijke afspraken maakt om te voorkomen dat veel kosten voor eigen rekening blijven. Dit is een lastig vraagstuk dat aan de vrije advocaatkeuze blijft kleven, te meer nu in het *Stark*-arrest<sup>912</sup> is bepaald dat er een *redelijke keuzevrijheid* moet gelden. Ik zou hier echter willen benadrukken dat niet alleen naar de persoon van verzekerde moet worden gekeken. Rekenschap moet ook worden gegeven van de omstandigheden van het stelsel waarin de rechtsbijstandverzekering opereert in Nederland; de afwezigheid van tariefregulering en bescheiden premiestelling. De redelijkheid van de ‘redelijke keuzevrijheid’ werkt zogezegd twee kanten op.

Om dit probleem te adresseren kan in ieder geval op dezelfde wijze als de zorgverzekering worden gewerkt aan verdere diversificatie van de markt. De markt van rechtsbijstandverzekering is in zoverre sterk homogeen dat er geen rechtsbijstandkostenverzekering actief zijn. Dit is anders voor de zorgverzekering, waar de restitutieverzekering het tegenbeeld van de naturaverzekering vormt. Bij de zorgverzekering rechtvaardigde de wetgever de beperking op de keuzevrijheid nadrukkelijk met verwijzing naar de mogelijkheid van zorgverzekering om bij aangaan van de verzekering reeds te kiezen voor een verzekering met hetzij een beperkte keuze van zorgverlener (naturaverzekering) hetzij met een ruime keuze (restitutieverzekering). Logischerwijs is de restitutieverzekering qua premie duurder dan de naturaverzekering. In lijn met de zorgverzekering vind ik er veel voor te zeggen om een dergelijke keuzemogelijkheid ook in de rechtsbijstandverzekering vooraf in te bouwen, door te stimuleren dat binnen de markt de keuze bestaat tussen een ‘naturaverzekering’ en een ‘kostenverzekering’. Wanneer verzekerden door een hogere premie te betalen dan ook daadwerkelijk kunnen kiezen voor een maximale keuzevrijheid, is een beperktere keuzevrijheid onder een ‘naturapolis’ ook nog meer te rechtvaardigen. Dit premieverschil kan dan ook worden meegewogen bij de bepaling van de redelijkheid van een vrije advocaatkeuze. Kiest verzekerde weloverwogen voor een lagere premie zou dat betekenen dat hij een beperktere vrije advocaatkeuze tegen zich moet laten gelden, terwijl toch voldaan is aan het uit het arrest *Stark* volgende criterium van een ‘redelijke keuzevrijheid’.

Ten slotte zal, waar in het licht van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG de redelijkheid van de omvang van kostenvergoeding door verzekerde ter discussie wordt gesteld, niet alleen de betreffende kostenbeperkende maatregel, maar alle relevante omstandigheden van het geval dienen te worden beoordeeld. Zoals in het arrest *Stark*<sup>913</sup> door het HvJ EU is vastgesteld, geldt als ondergrens (slechts) dat het de facto niet onmogelijk mag worden om een redelijke keuze van rechtshulpverlener te maken. Daarbij is het vooral de vraag welke criteria in beschouwing moeten worden genomen om de redelijke keuze in te vullen. Dit vergt (achteraf)

912. HvJ EU 26 mei 2011, C-293/10, ECLI:EU:C:2011:355.

913. HvJ EU 26 mei 2011, C-293/10, ECLI:EU:C:2011:355.

een casuïstische beoordeling aan de hand van alle feiten en omstandigheden. In de eerste plaats zullen daarbij de marktomstandigheden ten aanzien van de rechtshulpverleners een rol spelen. Niet alleen advocatarieven dienen in de beoordeling te worden betrokken. In niet-procesmonopoliezaken is immers eenieder bevoegd rechtshulp te verlenen in procedures. Derhalve moet ook worden gekeken naar tarieven van deurwaarders, incassokantoren, belangenorganisaties en overige juridische adviseurs die voor een uurtarief of een gefixeerd tarief processuele bijstand aanbieden. In de tweede plaats spelen zoals reeds genoemd de omstandigheden van de persoon van verzekerde een rol om te bepalen of er de facto een schending is van het recht van vrije advocaatkeuze. Zoals het HvJ EU mijns inziens terecht heeft vastgesteld, is de beoordeling toegesneden op de persoon van verzekerde.<sup>914</sup> Daarentegen is echter de vraag in hoeverre bedoeld en wenselijk is dat telkens naar de financiële positie van de persoon in kwestie wordt gekeken of dat daarentegen (meer) van een gemiddelde rechtsbijstandverzekerde wordt uitgegaan.<sup>915</sup> De hiergenoemde omstandigheden maken mijns inziens dat een algemene stelregel voor de redelijke keuzevrijheid niet op voorhand is te geven.

Aan het slot van deze paragraaf wil ik nog een suggestie doen voor de praktijk. In deze dissertatie kwam aan bod dat er in Nederland en andere landen een sterke relatie bestaat tussen overheidsgefinancierde rechtsbijstand en de rechtsbijstandverzekering. Deze verzekering voorziet in een behoefte voor lagere en modale inkomensklassen. Onder druk van de stijgende kostenlast van het stelsel van gefinancierde rechtsbijstand is ook wel geopperd om een koppeling te leggen tussen gefinancierde rechtsbijstand en de rechtsbijstandverzekering door de verzekering voorrang te laten hebben op de gefinancierde rechtsbijstand.<sup>916</sup> Dit brengt mij tot het idee om nader onderzoek te bepleiten voor een wisselwerking in de praktijk tussen gefinancierde rechtsbijstand en de rechtsbijstandverzekering. Mogelijk is voor de rechtsbijstandverzekeraars en schaderegelingskantoren een rol weggelegd bij het leveren van bijstand aan rechtszoekenden die een beroep doen op de gefinancierde rechtsbijstand. Ik zie dit als volgt.

Onderzocht zou kunnen worden of verzekeraars ook een toegevoegde waarde kunnen leveren bij het ontlasten of verbreden van het systeem, in die zaken waarin verzekeraars conform hun verzekeringsvoorwaarden de expertise hebben. Het betreft derhalve bij uitstek het terrein buiten het procesmonopolie. De Raad voor Rechtsbijstand zal daarbij evenals in het bestaande systeem leidend zijn in de beoordeling van aanspraken en een rol krijgen in de toelevering van zaken aan verzekeraars.

Ik zie een aantal voordelen in een dergelijk systeem. Verzekeraars zullen vanwege schaalvoordelen en het kunnen werken op lage kostprijs binnen het terrein van veelvoorkomende rechtsgebieden een meerwaarde kunnen bieden. Voor die zaken zouden verzekeraars, al dan niet via tussenkomst van een schaderegelingskantoor,

914. HvJ EU *Stark/D.A.S.*, r.o. 33.

915. Voor de zorgverzekering geldt dit laatste, waar wordt aangeknoopt bij de gemiddelde patiënt, zie Rb. Midden-Nederland 21 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7578, r.o. 3.6 met verwijzing naar de wetsgeschiedenis van de Zorgverzekeringswet.

916. Vergelijk de ontwikkeling in Frankrijk met de 2007 *Loi Réforme*, zie paragraaf 9.4.4.

onder de gefinancierde rechtsbijstand allicht een nuttige rol kunnen vervullen. Wanneer verzekeraars daarmee vervolgens een besparing op de gefinancierde rechtsbijstand zouden kunnen realiseren, kan dit worden aangewend voor het verbreden (meer rechtsgebieden onder het bereik van de gefinancierde rechtsbijstand) en verdiepen (ruimere dekking voor bestaande rechtsgebieden) van het overheidsgefinancierde stelsel.

Ten slotte zij nog het volgende opgemerkt. Eenmaal vastgesteld dat de bijdrage van rechtsbijstandverzekeraars aan gefinancierde rechtsbijstand effect zou sorteren, dient ook te worden gekeken naar het nut daarvan voor rechtsbijstandverzekeraars. Wanneer zij op dergelijke wijze kunnen voorzien in het betaalbaar houden van een personeelsapparaat van juristen, die in de regel worden ingezet voor verzekeringszaken maar soms ook voor de gefinancierde rechtshulp, betekent dit tevens dat de gevolgen van de verruiming van de vrije advocaatkeuze uitbestedingen in niet-procesmonopoliezaken na het *Sneller*-arrest<sup>917</sup> minder zwaar op de begroting drukt. Kort gezegd, dit gat wordt opgevuld met nieuwe inkomsten uit de gefinancierde rechtsbijstand terwijl tegelijkertijd wordt voorzien in voldoende dossiers om inzet van de rechtsbijstandverzekeringsjuristen rendabel te houden.

Te verwachten is dat een voorstel voor een dergelijk systeem op weerstand stuit bij de advocatuur. Immers, momenteel hebben advocaten het monopolie op gefinancierde rechtsbijstandzaken. Zoals gezegd, zouden de schaalvoordelen van rechtsbijstandverzekeraars ten nutte kunnen worden van de gefinancierde rechtsbijstand en tot lagere kosten kunnen leiden. Dit zou dan kunnen worden aangewend voor de hiervoor genoemde verbreding en verdieping van het stelsel. Wanneer dit is gerealiseerd, kunnen advocaten ook meer en in andere soorten zaken declareren onder de gefinancierde rechtsbijstand. Ten slotte geldt als uitgangspunt dat in dit nieuwe systeem een strikt onderscheid blijft bestaan tussen niet-procesmonopoliezaken, waar rechtsbijstandverzekeraars alsdan tevens voor kunnen worden ingezet, en procesmonopoliezaken welke slechts worden toebedeeld aan advocaten. Indien dit systeem haalbaar kan worden geacht, komt het er naar mijn mening op neer dat een breed draagvlak moet worden gecreëerd bij verzekeraars en advocaten en heldere afspraken moeten worden gemaakt reeds in een verkennend stadium. Wanneer dit systeem tot uitvoering zou kunnen worden gebracht, betekent dit dat de toegang tot het recht wordt verbeterd omdat de rechtshulpverleners optimaal worden ingezet binnen hun onderscheidenlijke expertises en de hierdoor verkregen besparing weer wordt ingezet voor verbreding en verdieping van het stelsel van gefinancierde rechtsbijstand.

#### AANBEVELING 7:

Bij het falen of ontoereikend zijn van de nieuwere lagere alternatieve kostenmaxima in verzekeringsvoorwaarden kan bij wijze van richtlijn een algemene vergoedingsmaatstaf voor een door verzekerde gekozen rechtshulpverlener. De te vergoeden kosten kunnen worden gesteld op 80% van de (noodzakelijke) kosten tegen een transparant, vooraf kenbaar gemiddeld tarief dat verzekeraar vergoedt aan zijn

917. HvJ EU 7 november 2013, ECLI:EU:C:2013:717.

netwerkadvocaten. Als alternatief kan ook het tarief van gefinancierde rechtsbijstand of een ander gemiddelde worden genomen.

#### AANBEVELING 8:

Ten behoeve van het optimaler benutten van onderscheidenlijke kwaliteiten en mogelijke verbreding en verdieping van gefinancierde rechtsbijstand kan worden onderzocht of rechtsbijstandverzekeraars en schaderegelingskantoren kunnen worden ingezet voor het behandelen van toevoegingsdossier via de Raad voor Rechtsbijstand. Onderzocht zal dan moeten worden in hoeverre een dergelijke oplossing ten nutte van alle betrokkenen kan zijn: burger, overheid, advocatuur, verzekeraars en eventueel schaderegelingskantoren. Daarbij kan voordeel worden gehaald uit de schaalvoordelen en specialismen van rechtsbijstandverzekeraars en schaderegelingskantoren in die zaken waarin zij veelvuldig optreden. Tegelijkertijd worden verzekeraars en schaderegelingskantoren daarbij beter in staat gesteld om een relatief groot bestand aan juristen aan te houden, bij toenemende uitbestedingen in verband met vrije advocaatkeuze, zulks vanwege de gegenereerde extra inkomsten. Ten slotte kan een verbreding en/of een verdieping worden gerealiseerd van het stelsel van gefinancierde rechtsbijstand, hetgeen weer ten goede komt van de advocatuur, die dan (vooral) de procesmonopoliezaken kan behandelen. Indien dit kan leiden tot een verbeteren van de kostenefficiëntie van het systeem zou de toegang tot het recht aldus kunnen worden verbeterd.

#### 10.6 **Gesanctioneerde verplichtingen van verzekerden en de geschillenregeling ter begrenzing van de externe rechtshulpkosten**

Met de verruiming van het recht van vrije advocaatkeuze is voor rechtsbijstandverzekeraars tevens het belang van de meldings- en medewerkingsverplichtingen in verzekeringsvoorwaarden toegenomen. Deze aan verzekerden geadresseerde verplichtingen bewerkstellingen op het niveau van de verzekeringsvoorwaarden dat verzekerden, op straffe van verval-van-recht, medewerking verlenen aan de rechtsbijstandverlening in natura van rechtsbijstandverzekeraar. Binnen de wettelijke grenzen zal verzekeraar er een te respecteren belang bij hebben om spoedig op de hoogte te raken van het intreden van het verzekerd risico, zodat hij spoedig kan overgegaan tot rechtsbijstandverlening. Op een vergelijkbare wijze als bij de aansprakelijkheidsverzekering, heeft de rechtsbijstandverzekeraar er belang bij om de rechtshulp vroegtijdig ter hand te nemen en zo lang mogelijk in eigen beheer te houden. Daarmee voorkomt hij immers dat de zaak op zijn kosten (tot het in de polis bepaalde kostenmaximum) moet worden uitbesteed aan een aanmerkelijk duurdere externe rechtshulpverlener. In het kader van dit onderzoek is het hier van belang om nog specifiek stil te staan bij de op niveau van de verzekeringsvoorwaarden getroffen maatregelen. Van belang is immers dat nu, sinds het *Sneller*-arrest, wanneer verzekerde daarvoor kiest niet alleen bij procesmonopoliezaken moet worden uitbesteed maar ook bij gerechtelijke en administratieve procedures waarin procesvertegenwoordiging van een advocaat niet verplicht is.



Hierna worden enkele belangrijke meldings- en medewerkingsverplichtingen besproken die gedurende de looptijd van de verzekering op verzekerde rusten.<sup>918</sup> Daaronder vallen de verplichting om de zaak zo spoedig mogelijk te melden (zie artikel 7:941 lid 1 BW), de verplichting om inlichtingen te verschaffen over het geschil ten behoeve van de dekkingsbeoordeling (7:941 lid 2 BW) maar in verband met de voortvarende rechtshulpverlening door verzekeraar, en ten slotte het verbod om zelfstandig een externe rechtshulpverlener in te schakelen en daarmee de rechtshulpverlening te hinderen. Gezien de praktische hanteerbaarheid van de sancties zullen deze verplichtingen meestal op straffe van (volledig) verval-van-recht zijn gesteld.

Bij de hier bestreken maatregelen kan de geschillenregeling niet onbesproken blijven. Tegenover voornoemde meldings- en medewerkingsverplichtingen van verzekerde, staat – in feite als tegenwicht – de verplichting van verzekeraar om te borgen dat verzekerde een beroep kan doen op zijn wettelijke recht op een second opinion. Gezien dat verzekerde zich in de rechtsbijstandverzekering vooraf conformeert aan rechtsbijstandverlening in natura, heeft hij er recht op en belang bij de prudente en adequate rechtshulpverlening van verzekeraar (of het schaderegelingskantoor) te laten toetsen. Zo bezien, bestaan er onder de verzekering derhalve *wederzijdse* rechten en verplichtingen van verzekeraar en verzekerde.

Telkens zal in de verzekeringsvoorwaarden worden bepaald onder welke condities verzekerde zijn aanspraken jegens verzekeraar geldend kan maken of hoe deze kan verliezen, wanneer hij niet handelt conform de verzekeringsvoorwaarden. Op grond van artikel 6 Richtlijn 87/344/EEG en artikel 4:68 Wft dient in de voorwaarden tevens te zijn voorzien in de geschillenregeling. Wanneer een verschil van inzicht bestaat over de behandeling van het dossier van verzekerde, bijvoorbeeld wanneer verzekeraar het standpunt inneemt dat het dossier van verzekerde onvoldoende kans op succes kent, dient verzekeraar te wijzen op de geschillenregeling.

Ik bespreek hierna eerst de onderscheidenlijke verplichtingen van verzekerden jegens verzekeraar althans het schaderegelingskantoor: de meldingsplicht, de medewerkingsplicht en het verbod om zelfstandig een advocaat in te schakelen. Daarna behandel ik de geschillenregeling, die reeds herhaaldelijk aan bod is gekomen in voorgaande hoofdstukken.

De eerste verplichting die ik bespreek, de *meldingsplicht*, behoort tot de algemene verplichtingen voor verzekerden en vloeit voort uit de wet, artikel 7:941 lid 1 BW. De rechtsbijstandverzekeraar, althans diens schaderegelingskantoor, heeft er net als andere verzekeraars belang bij dat hij spoedig op de hoogte wordt gebracht van het ingetreden risico. Om dit te onderstrepen hebben verzekeraars in hun verzekeringsvoorwaarden opgenomen dat een meldplicht geldt, welke in de regel gesanctioneerd is door een volledig verval-van-recht wanneer daaraan (niet tijdig) is voldaan.

918. Zie over de meldingsplicht Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX\* 2012/nr. 300 e.v. en Hendrikse, Van Huizen & Rinkes 2015, hoofdstuk 11.

De Nederlandse wet geeft ter zake de rechtsbijstandverzekering geen regel over het moment waarop het risico zich verwezenlijkt. Steeds is het verzekerde risico gekoppeld aan een gebeurtenis of oorzaak (1), die ontaardt in een juridisch geschil (2), waarvoor (3) verzekerde juridische bijstand behoeft. Anders gezegd, een gebeurtenis of oorzaak op zich hoeft onder de verzekering nog geen risico te verwezenlijken. Derhalve is leidend of sprake is van een 'juridisch geschil'. Daarbij kan worden uitgegaan van een juridisch geschil *in ruime zin*: van een belangentegenstelling tussen verzekerde en zijn tegenpartij. In dit geval bestaat reeds een geschil wanneer zich een verschil van belangen en inzichten tussen verzekerde en een of meerdere tegenpartijen manifesteert. Een geschil *in enge zin* is echter veel beperkter. Daarom treedt een als zodanig omschreven geschil veel later in. Het gaat dan om een geschil wanneer naast een belangentegenstelling ook sprake is van het door verzekerde neerleggen van een claim bij tegenpartij of betwisting door verzekerde van een eis van een tegenpartij.<sup>919</sup> De verzekeringsvoorwaarden zullen telkens uitsluitel moeten bieden of de ruime of enge uitleg van het geschil-begrip geldt. Verzekeraar heeft uiteraard belang bij melding van het geschil in een zo vroeg mogelijk stadium, derhalve conform het ruime geschil-begrip. In Frankrijk, zagen we dat – ter bescherming van verzekerden – het geschil in enge zin is gecodificeerd in de wet.<sup>920</sup> Sinds het *Sneller*-arrest is gewezen, is voor verzekeraars het belang van vroegtijdige melding van het geschil toegenomen. Door vroegtijdige melding kan verzekeraar immers, ook wanneer het dossier op grond van het recht van vrije advocaatkeuze gelijk moet worden uitbesteed, diverse maatregelen treffen, zoals het onderhandelen met in te schakelen advocaten ter beperking van de externe kosten.

Allereerst dient de wettelijke eis van de meldingsplicht ervoor rechtsbijstandverzekeraar – gelijk als bij andere verzekeraars – in staat te stellen om een gedegen dekkingsstandpunt te kunnen innemen en aldus de uitkeringsplicht te kunnen beoordelen (artikel 7:941 lid 1 BW).<sup>921</sup> Wanneer niet aan de meldingsplicht is voldaan, zal verzekeraar zich willen beroepen op de sanctie verval-van-recht. Daarbij zal verzekeraar dan dienen te stellen dat hij door te late melding in een specifiek belang is geschaad.<sup>922</sup> Bij de meldingsplicht in strikte zin (artikel 7:941 lid 1 BW) gaat het dan om het belang om onderzoek te verrichten in het kader van de dekkingsbeoordeling. Zoals hieronder aan bod zal komen, lijkt de kwestie van 'te late melding' zich bij de rechtsbijstandverzekering in de regel niet in het kader van de dekkingsbeoordeling maar ter zake de uitvoering van rechtshulpverlening af te spelen.<sup>923</sup>

919. Zie Holthinrichs 2015, paragraaf 27.7.2.

920. Zie paragraaf 9.4.4.

921. HR 5 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9705, NJ 2008, 57.

922. Idem, r.o. 4.1-4.3.

923. Ik meen dat dit in grote mate te maken heeft met de omstandigheid dat de dekkingsomschrijving bij rechtsbijstandverzekeringen is geformuleerd met het oog op verschillende soorten juridische geschillen, terwijl de oorzaak van een verzekerd evenement (geschil) veel minder belangrijk is dan bij veel andersoortige verzekeringen. Men denke aan brandverzekeringen, opstalverzekeringen, inboedelverzekeringen (etc.) waarbij wel een bepaalde causale relatie tussen oorzaak en evenement wordt verlangd voor dekking. Een uitzondering is o.a. de uitlooptdekking, zie de uitspraak van de Raad van Toezicht 2007/077, waarin zich het geval voordeed dat geen dekking bestond voor een schademelding die zich een jaar na de relevante gebeurtenis manifesteert. In dit geval was het causaal verband in temporele zin wel relevant voor verzekeraar.

Naast de meldingsplicht geldt de medewerkingsverplichting van artikel 7:941 lid 2 BW, zijnde de verplichting om alle inlichtingen en bescheiden te verschaffen welke voor deze van belang zijn *om zijn uitkeringsplicht te beoordelen*. Ook hier betreft het een verplichting van verzekerde in het kader van de dekkingsbeoordeling.

Deze beide voornoemde verplichtingen, meldingsplicht en medewerkingsverplichting, gelden voor schadeverzekeraars in zijn algemeenheid in verband met de dekkingsbeoordeling. De wetgever heeft met de codificering van deze verplichtingen de lijn van het arrest *Twaalfhoven/Railway Passengers* (HR 29 mei 1970, NJ 1970, 435) willen doortrekken. De wetgever tekende daarbij op dat zulks geldt *voor zover* daarin tot uitdrukking is gebracht dat verzekeraar, voor het aan schending van deze verplichtingen verbinden van de sanctie verval-van-recht, meer moet stellen dan dat hem de mogelijkheid is onthouden om tijdig zelfstandig onderzoek te doen naar de feiten en omstandigheden ter zake de dekkingsbeoordeling.<sup>924</sup> Op basis van de interpretatie die de Hoge Raad heeft gegeven in het *Tros*-arrest, houd ik het erop dat verzekeraar in voorkomend geval gemotiveerd moet stellen welke *specifieke* onderzoeken hij in voorkomend geval – uitgaande van tijdige melding – had verricht.<sup>925</sup> Verzekeringnemer en/of de tot uitkering gerechtigde kunnen daar vervolgens tegenin brengen dat verzekeraar ter zake onvoldoende concrete feiten heeft gesteld, althans dat de onderzoeksresultaten langs andere weg nog kunnen worden vastgesteld.<sup>926</sup> Deze stelplicht- en bewijslastverdeling leidt er evenwel niet toe dat verzekeraar dient aan tonen dat, wanneer de schending wordt weggedacht, het beoogde onderzoek ook daadwerkelijk tot een voor hem gunstig resultaat zou hebben geleid (in de zin dat de schademelding zou zijn afgewezen op grond van het ontbreken van dekking of dat een lagere uitkering zou zijn gedaan). Voorop staat immers dat het verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde is aan te rekenen dat het dekkingsonderzoek niet heeft kunnen plaatsvinden.<sup>927</sup>

Zoals reeds vermeld, dienen de verplichtingen in verband met dekkingsbeoordeling te worden onderscheiden van de medewerkingsverplichtingen (in de ruimste zin des woords) die zien op *de uitvoeringsfase*. Deze laatstgenoemde verplichtingen worden gesteld in verband met de rechtshulpverlening of de fase waarin rechtsbijstandverzekeraar rechtshulp had kunnen verlenen wanneer hij tijdig in kennis was gesteld. Het gaat dan niet zozeer om het informeren van verzekeraar omtrent het intreden van het verzekerd risico en hem in staat te stellen onderzoek te doen naar de reikwijdte van de dekking. Integendeel, het gaat om de veronderstelde uitvoering van de verzekerde prestatie door verzekeraar waarbij deze een belang

924. *Kamerstukken I* 2004/05, 19529 E, p. 9-10.

925. HR 5 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9705, NJ 2008, 57. Zie ook de annotatie van Mendel bij dit arrest, onder punt 3. Verder duidt de conclusie van de A-G Spier voorafgaand op dit arrest ook in die richting, zie r.o. 5.25.1 van zijn conclusie. Nota bene: Hendrikse neemt een verdergaand standpunt in, in de zin dat verzekeraar ook dient aan te tonen dat hij in een voorkomend geval bij tijdige melding ook daadwerkelijk het gestelde onderzoek zou hebben verricht ('daadwerkelijk praktisch belang'), bijvoorbeeld door middel van interne beleidsrichtlijnen, Hendrikse 2015.

926. Annotatie van Mendel bij *Tros*-arrest, onder punt 5, HR 5 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9705, NJ 2008, 57, zie ook b.v. Wanneer verzekeraar aan die stelplicht heeft voldaan, ligt het op de weg van verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde om dit voldoende gemotiveerd te betwisten, zie o.a. Rb. Amsterdam 12 september 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY0150, r.o. 4.14.

927. Idem annotatie van Mendel, punt 2 en punt 5.25.2 van de conclusie van de A-G, ECLI:NL:PHR:2007:BA9705.

heeft bij verlening van de rechtsbijstand in natura. Wanneer hij daarin wordt belemmerd, lijdt verzekeraar een nadeel in de zin dat hij het beoogde resultaat in het dossier van verzekerde slechts met meer financiële middelen kan bereiken of dat het dossier vanwege bijvoorbeeld het geldende procesmonopolie moet worden uitbesteed aan een externe rechtshulpverlener, zulks op kosten van verzekeraar.

Een duidelijk voorbeeld van de toets ter zake schending van de mededelingsplicht gedurende de uitvoeringsfase uit de rechtspraak is de zaak *X tegen rechtsbijstanduitvoerder SRK*.<sup>928</sup> Het betrof hier een gestelde schending van de medewerkingsverplichting nadat de dekking van de zaak niet meer ter discussie stond tussen partijen. Rechtsbijstanduitvoerder SRK stelde zich op het standpunt dat de behandeling van de zaak werd bemoeilijkt door de opstelling van verzekerde. De Hoge Raad oordeelde in de zaak dat het hof in hoger beroep niet afdoende had gemotiveerd dat sprake was van voldoende klemmende redenen om (algeheel) verval-van-recht te rechtvaardigen. Het bijzondere van deze uitspraak is gelegen in het feit dat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat ook buiten artikel 7:941 lid 1 en 2 BW een verval-van-recht sanctie niet zonder meer kan worden toegepast. Hij overwoog dat overeenkomstig de rechtspraak onder het oude recht, verzekeraar voldoende klemmende reden moet stellen en zo nodig bewijzen om de sanctie verval-van-recht te wettigen.<sup>929</sup> Gezien de verstrekkendheid van de sanctie verval-van-recht dient rechtsbijstandverzekeraar althans het schaderegelingskantoor toepassing van de sanctie deugdelijk te motiveren.

Een en ander toegepast op de praktijk geeft het volgende beeld. Naar analogie van het *Tros-arrest*<sup>930</sup> en artikel 7:941 lid 4 BW is het in de eerste plaats aan rechtsbijstandverzekeraar om een specifiek belang te stellen en zo nodig te bewijzen. Wanneer verzekerde rechtsbijstandverzekeraar niet in staat stelt om buitengerechterlijke bijstand te verlenen maar – wanneer een procedure moet worden gevoerd – vraagt om vergoeding van de kosten van een externe rechtshulpverlener, zal dit belang gelegen zijn in het kunnen maken van tariefafspraken met de in te schakelen rechtshulpverlener. De hierboven in verband met het *Tros-arrest* geschetste stelplichten bewijslastverdeling komt hier terug. Bovendien pleit ik ervoor dat geen hoge eisen kunnen worden gesteld aan de stelplicht c.q. bewijslast omdat het immers een bestendige praktijk is dat verzekeraars prijsafspraken met externe rechtshulpverleners maken, in het licht van de gebruikelijke verzekeringsvoorwaarden dat er sprake moet zijn van redelijke (gebruikelijke) en noodzakelijke rechtshulpkosten.<sup>931</sup> Wanneer in dat verband eenmaal vaststaat dat verzekeraar in een redelijk belang is geschaad, kan verzekerde zich op het standpunt stellen dat algeheel verval-van-recht niet is gerechtvaardigd maar dat – naar analogie van artikel 7:941 lid 3 BW en conform het *Polygram-arrest*<sup>932</sup> – de schade die verzekeraar lijdt in mindering wordt gebracht op de uitkering. Dit zal bij de rechtsbijstandverzekering betekenen dat de op grond van de verzekering te vergoeden advocaatkosten worden verminderd met een korting ter hoogte van het bedrag dat verzekeraar met de advocaat zou

928. HR 7 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:522, NJ 2014, 333. Zie ook Holthinrichs 2015, p. 862.

929. Idem, r.o. 3.3.2, met verwijzing naar het *Tros-arrest*, HR 5 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9705, NJ 2008, 57.

930. HR 5 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9705, NJ 2008, 57.

931. Vergelijk Kifid GC 2014-287.

932. HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717, r.o. 4.7.

hebben onderhandeld. Aan de motivering van rechter of geschillencommissie van de hoogte van de toe te passen korting zullen mijns inziens ook geen hoge eisen kunnen worden gesteld. Achteraf kan immers bezwaarlijk in detail worden vastgesteld tot welke korting op het tarief van de rechtshulpverlener verzekeraar en de rechtshulpverlener zouden zijn uitgekomen.

Ten aanzien van de in het kader van de sanctie toe te passen korting op de te vergoeden advocaatkosten lenen die zich niet voor een algemene stelregel. Het tarief en de kosten van de externe rechtshulpverlener die voor vergoeding in aanmerking komen, zijn immers afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De hiervoor in paragraaf 10.5 bepleite maatstaf van een omslag van 80% van de kosten voor verzekeraar en 20% voor verzekerde lost het probleem van de tariefstelling hier ook niet op, noch kan de hiervoor door mij geopperde parallel met het tarief van gefinancierde rechtsbijstand of het gemiddelde tarief van netwerkadvocaten uitkomst bieden. Wanneer een dergelijke algemene korting wordt toegepast, dient dit immers wel te zijn geregeld in de verzekeringsvoorwaarden. Anders zou een zodanige toepassing geheel arbitrair zijn.

De gevolgen van de voornoemde uitspraak X/SRK dienen door verzekeraars niet te worden onderschat. Verzekeraar kan er bij een niet-meewerkende verzekerde dus niet zonder meer op vertrouwen dat het dossier definitief kan worden gesloten na deugdelijk rappel van verzekerde. Wanneer verzekerde (ook na verloop van tijd) alsnog protesteert tegen dossiersluiting zal verzekeraar alsnog moeten aantonen dat hij in een specifiek en redelijk belang was geschaad, zodat hij afdoende belang had om het dossier permanent te sluiten. Te denken valt dan bijvoorbeeld aan het niet meer kunnen verrichten van expertiseonderzoek ter zake essentieel bewijs voor de zaak van verzekerde of dat dergelijk onderzoek na verstrijken van tijd slechts tegen forse meerkosten kan geschieden.<sup>933</sup>

In deze paragraaf dient ten slotte de geschillenregeling te worden besproken. Anders dan bij de andere hier besproken maatregelen gaat het hier niet om een verplichting van verzekerde maar van verzekeraar. De geschillenregeling is welbeschouwd een verplichting die verzekeraar op grond van de wet (artikel 4:68 Wft) zichzelf op dient te leggen in de verzekeringsovereenkomst. Deze maatregel past evenwel in het bestek van deze paragraaf aangezien het behoort tot de verplichtingen van de verzekeringsovereenkomst welke aan het recht van vrije advocaatkeuze kunnen raken. De vraag of het dossier van verzekerde procesrijp is voor het voeren van een gerechtelijke of administratieve procedure, betreft namelijk een vraag die in het kader van de geschillenregeling dient te worden voorgelegd. Wanneer het antwoord op die vraag positief is, heeft verzekerde sinds het *Sneller-arrest*<sup>934</sup> automatisch een recht van vrije keuze van advocaat. De geschillenregeling kan zodoende het sluitstuk vormen in de opmaat naar een beroep van verzekerde op het recht van vrij advocaatkeuze.

933. Als verzekerde deze meerkosten bijlegt is dit bezwaar echter opgeheven.

934. HvJ EU 7 november 2013, ECLI:EU:C:2013:717.

De geschillenregeling waarborgt de prudente en adequate rechtshulpverlening van rechtsbijstandverzekeraar of het schaderegelingskantoor. Evenals bij de advocaat<sup>935</sup> kan bij verzekeraar ter zake de rechtshulpverlening een conflict optreden waarbij rechtszoekende, verzekerde, stelt dat verzekeraar diens rol als professionele rechtshulpverlener niet vervult zoals van hem mag worden verwacht. De economische belangen van rechtsbijstandverzekeraar en verzekerde lopen immers niet parallel: verzekerde heeft reeds premie (vooruit)betaald en verzekeraar heeft geen economisch belang bij het maken van (meer)kosten ter zake de verlening van rechtsbijstand.<sup>936</sup> Omdat de kosten van de rechtshulp reeds zijn vooruitbetaald via verzekeringspremies, is het niet abnormaal dat verzekeraar zo nodig een second opinion dient te bekostigen. Bovendien, de geschillenregeling biedt verzekeraar bescherming tegen een van redelijke grond ontblote rechtsstrijd. Wanneer hij van opvatting is dat het dossier van verzekerde onvoldoende kans op succes kent, kan hij overgaan tot sluiting van het dossier mits hij wel wijst op de mogelijkheid van een second opinion wanneer verzekerde zulks verlangt.<sup>937</sup>

Anders gezegd, het duale karakter van de rechtsbijstandverzekering komt echter verdergaand terug in de strekking van de geschillenregeling, dat eveneens tweeledig is. Enerzijds dient de geschillenregeling als waarborg ten behoeve van een prudente rechtsbijstandverlening door verzekeraar, ten gunste van verzekerde. In dit verband is er dus sprake van een mogelijkheid tot het verkrijgen van een second opinion voor verzekerde. Anderzijds dient de geschillenregeling juist als waarborg voor verzekeraar, ter voorkoming van oeverloze exercities terwijl een rechtsbijstanddossier onvoldoende slagingskans bevat. Door middel van een door rechtsbijstandverzekeraar te financieren second opinion kan verzekeraar alsdan bereiken dat verzekerde tegen zich moet laten gelden dat het dossier wordt gesloten bij gebrek aan voldoende haalbaarheid.

De geschillenregeling borgt tegelijkertijd dat de interne rechtsbijstandverlening onder de verzekering en de externe rechtshulpverlening op kosten van de verzekering gelijkwaardig mogen worden geacht. Deze gelijkwaardigheid is vermeld in de garantie van artikel 3 lid 3 Richtlijn 87/344/EEG, dat de uitvoering van de rechtshulp onder de verzekering, in natura en die in financiële zin gelijkstelt. Dit betekent tegelijkertijd dat, evenals beperkingen ten aanzien van de vergoeding van externe kosten onder de verzekering zijn ingekaderd door juridische restricties, de interne behandeling door verzekeraar, al dan niet via het schaderegelingskantoor, met waarborgen dient te zijn omgeven. De geschillenregeling borgt daarom dat de verplichting van interne rechtsbijstand ('in natura') niet een lege huls wordt. De kwaliteit ervan kan worden getoetst.

935. Van Boom & Luiten 2015, zie met name paragraaf 4.6.

936. Idem. Overigens is dit in omgekeerde zin ook het geval in de verhouding advocaat-cliënt, waarbij het belang van de advocaat eveneens niet parallel is aan dat van de cliënt: de advocaat heeft er economisch gezien belang bij om zoveel mogelijk rechtshulp te verlenen terwijl de cliënt zo min mogelijk (meer)kosten wil maken.

937. Zie in zijn algemeenheid over de geschillenregeling, Holthinrichs 2015, paragraaf 27.11.

Sinds het *Sneller*-arrest<sup>938</sup> is het belang van de geschillenregeling wel beschouwd toegenomen in die gevallen waarin verzekerde actief een procedure wil starten. Voorheen kon verzekeraar in niet-procesmonopoliezaken daarbij onbeperkt met eigen juristen procederen, zonder dat hij de eventuele keuze van verzekerde voor een externe rechtshulpverlener tegen zich moest laten gelden. Nu inmiddels ook in dergelijke zaken een vrije advocaatkeuze geldt, is het voor verzekeraars te meer van belang van redelijke kans ontblote vorderingen de pas af te snijden. Met de geschillenregeling wordt hier het belang van verzekeraar gediend om het 'nodeloos' maken van (externe) kosten zoveel mogelijk te voorkomen. Ik vervolg hieronder nog kort met de wijze waarop de geschillenregeling wordt vormgegeven.

Artikel 6 Richtlijn 87/344/EEG noch het daarop gebaseerde wettelijke artikel 4:68 Wft verschaft duidelijkheid wat de concrete maatstaf is die geldt voor de beoordeling van de mate van succes. Derhalve zijn partijen eerst aangewezen op de betreffende verzekeringsvoorwaarde waarin de geschillenregeling tot uiting wordt gebracht. Tegelijkertijd dient echter in ogenschouw te worden genomen de definitie van de prestatie van de rechtsbijstandverzekering, geformuleerd in artikel 2 Richtlijn 87/344/EEG en sub 17 van de bijlage Branches van de Wft.<sup>939</sup> Een al te zeer uitgekade kernprestatie van verzekeraar – bijvoorbeeld de verplichting tot rechtshulpverlening wanneer er sprake is van een 'overtuigende kans op succes van de vordering c.q. het verweer van verzekerde' – wijkt mijns inziens significant af van de aard van de verzekering. Een reële verwachting op succes houdt derhalve het midden tussen een kenbaar van redelijke grond ontblote rechtsstrijd en een overtuigende.<sup>940</sup>

De vormgeving van de geschillenregeling is in zoverre vrij dat er sprake moet zijn van een scheidsrechterlijke procedure of een andere procedure die met een scheidsrechterlijke procedure vergelijkbare garanties inzake objectiviteit biedt (4:68 Wft). Veelal is er sprake van een gezamenlijke keuze of vrije advocaatkeuze voor de bindend adviseur die adviseert in het kader van de geschillenregeling. Het advies van de adviseur is een vaststellingsovereenkomst omdat beide partijen zich committeren in het kader van de beslechting van een onzekerheid (art. 7:900 BW). Met name kan worden gewezen op de wijze van toepassing van de geschillenregeling welke ARAG toepast, waarbij de bindend adviseur wordt aangewezen door de lokale deken van de Orde van Advocaten.<sup>941</sup> Mijns inziens zouden daarmee goede resultaten kunnen worden bereikt omdat het advies voor beide partijen onafhankelijk is.

938. HvJ EU 7 november 2013, ECLI:EU:C:2013:717.

939. '17. Rechtsbijstand: verleende diensten en gemaakte kosten in het bijzonder met het oog op verhaal van door een verzekerde geleden schade en diens verdediging of vertegenwoordiging, zowel in als buiten rechte (met uitzondering van de werkzaamheden ter verdediging of vertegenwoordiging van een verzekerde die een verzekeraar krachtens een overeenkomst van aansprakelijkheidsverzekering mede in zijn eigen belang verricht).'

940. Dit criterium sluit nauw aan bij dat in de Duitse wet van 'Hinreichende aufsicht auf Erfolg' dat aansluit bij het criterium van de gefinancierde rechtsbijstand en er rekenschap van geeft dat er sprake is van de aanwending van collectieve middelen, zie paragraaf 9.3.4.

941. ARAG: Voorwaarden ProRechtPolis Particulier juli 2015, artikel 17.

## 10.7 Conclusie

In dit hoofdstuk beantwoordde ik de laatste onderzoeksvraag, naar kostenbestrijdende maatregelen in verband met het (verruimde) recht van vrije advocaatkeuze. Daarbij besprak ik diverse maatregelen die door verzekeraars kunnen worden overwogen of reeds in praktijk zijn gebracht. Ruwweg is de indeling te maken in omzetgenererende maatregelen (waaronder premieverhoging alsmede eigen risico's en no-claimsystemen), kostenbeperkende maatregelen en bezuinigingsmaatregelen. Na het *Sneller*-arrest zijn op grote schaal lagere secundaire kostenmaxima aangebracht voor niet-procesmonopoliezaken in plaats van grote premiestijgingen. Het is voorlopig in de eerste plaats afwachten in hoeverre die lagere kostenmaxima stand kunnen houden. Er is sprake van een glijdende schaal van maatregelen die verzekeraars kunnen toepassen ter beperking van de kosten externe rechtshulpverlener, van bescheiden gefixeerd eigen risicobedragen tot en met een combinatie van een percentage eigen risico van de vergoede kosten van de externe rechtshulpverlener en een maximum te vergoeden uurtarief van deze rechtshulpverlener. Volgens de leidraad die het HvJ EU in de zaak *Stark* heeft vastgesteld, geldt dat bij alle kostenbeperkende maatregelen de facto minimaal sprake moet zijn van een 'redelijke keuzevrijheid', hetgeen aan de nationale rechter aan de hand van de feiten en omstandigheden is te beoordelen. Mijns inziens leent dit criterium zich niet voor een stelregel, maar moet telkens worden gekeken naar de omstandigheden van het stelsel van rechtsbijstandverzekering, de markt van rechtshulp en mogelijk naar de persoon van verzekerde.

Een bijzondere, aparte, categorie vormen de bezuinigingsmaatregelen ten aanzien van de interne rechtshulpverlening. Als gevolg van de toenemende externe rechtshulpkosten is het een logische gevolgtrekking dat de interne bezuiniging in een sneller tempo zal plaatsvinden. De interne jurist is verhoudingsgewijs nu eenmaal goedkoper dan de externe jurist, zodat er meer moeten worden opgeofferd om de externe kosten te compenseren. Ik verwacht zodoende dat er bij de interne rechtshulpverlening een vacuüm kan ontstaan wanneer de externe kosten niet in toom kunnen worden gehouden. Bij gebruik van het schaderegelingskantoor verwacht ik dat dit risico in meerdere of mindere mate is afgewenteld op het schaderegelingskantoor. Dit is belangwekkend aangezien de interne rechtshulpverlening, zeker in het Nederlandse model, onontbeerlijk is voor de uitvoering van de verzekering. Ik droeg derhalve enkele suggesties aan, namelijk de inzetbaarheid van het schaderegelingskantoor voor commerciële rechtshulp (niet-verzekeringszaken) en het scheppen van een alternatief rechtsbijstandverzekeringsproduct waarbij (voor verzekerde duidelijk kenbaar) het kostenmaximum geldt voor externe rechtshulp maar ook in gereduceerde mate voor de interne rechtshulp die door verzekeraar wordt geboden.

Om de financiële afwikkeling van de kosten van de externe rechtshulpverlening te reguleren, heb ik verschillende mogelijke alternatieven besproken. Een wettelijke tariefregulering ligt het meest voor de hand, maar ligt eveneens gevoelig en zal derhalve eerst na goed onderzoek overwogen worden. Er zijn daarnaast andere mogelijkheden die serieus kunnen worden overwogen. Een inperking van het procesmonopolie en behoefte van de rechtsbijstandjurist als procesvertegenwoordiger



levert een budgettaire besparing op, hetgeen weer ten gunste kan komen van de gemiddelde vergoedingen aan externe rechtshulpverleners. Verdere mogelijkheden liggen op het vlak van zelfregulering.

Aan de hand van de situatie van de rechtsbijstandverzekering in Zweden en de in paragraaf 10.5 geschetste parallel die kan worden getrokken met het hinderpaalcriterium in de zorgverzekering (zie paragraaf 8.7.3) bleek dat een gebalanceerd systeem met een gemaximeerde vergoeding en vast percentage eigen bijdrage in de kosten mogelijk is bij wijze van zelfregulering. Een dergelijk systeem voorziet mijns inziens in een wederzijdse redelijkheid en verantwoordelijkheid. Indien een dergelijk systeem wordt overwogen is het zaak om de juiste randvoorwaarden te creëren, waarbij een juist gemiddeld uurtarief wordt genomen (bijvoorbeeld een transparant, vroegtijdig kenbaar gemaakt, gemiddeld tarief dat aan netwerkadvocaten wordt betaald), een redelijk percentage wordt genomen (20 à 25% van de vergoede kosten lijkt werkbaar bij de zorgverzekering) maar ook wordt gewerkt aan differentiatie in het stelsel van de rechtsbijstandverzekering. Het is bij een dergelijk systeem bevorderlijk om een duaal stelsel te hanteren waarbij verzekerden vooraf kunnen kiezen tussen een relatief goedkope naturaverzekering, met voornoemd eigen risico en maximum tarief bij vrije keuze, een relatief duurdere kostenverzekering waarbij de vrije keuze is gewaarborgd tot aan een voorzien kostenmaximum. Gelijk als bij de zorgverzekering wordt mijns inziens alsdan een acceptabel resultaat bereikt, waarbij verzekerde met zijn keuze vooraf voor een van de beide verzekeringsmodellen een verantwoordelijkheid neemt en dus niet steeds in financiële zin de maximale keuzevrijheid kan verlangen.

Ten slotte besprak ik in dit hoofdstuk de wijze waarop verzekeraar van verzekerde de juiste en tijdige medewerking verlangt om het beheer over het dossier te houden, rechtshulp te kunnen leveren en tariefafspraken te kunnen maken met gekozen rechtshulpverleners wanneer verzekerde in voorkomende gevallen kiest voor procesvertegenwoordiging door een gekozen rechtshulpverlener. Daarbij worden vervalvan-rechtbedingen gehanteerd welke conform vigerende rechtspraak aan grenzen zijn gebonden. Verzekeraar zal telkens een schending van een concreet praktisch belang moeten aantonen. Zo nodig zal, indien een dergelijke schending door verzekerde van een dergelijk belang eenmaal vast komt te staan, een reconstructie moeten worden gemaakt van de situatie waarbij de schending wordt weggedacht, en de schade van verzekeraar moeten worden begroot of geschat en in mindering worden gebracht op de vergoede advocaatkosten.

Ten aanzien van de interne rechtsbijstand vormt de geschillenregeling nog een belangrijke afbakening. Net als bij de beperkingen van de externe kosten van rechtshulp geldt dat de interne rechtshulp ook met voldoende zorg en prudent dient te geschieden. De geschillenregeling vormt een waarborg waarbij door middel van een second opinion een bindend oordeel kan worden gegeven over de te volgen gedragslijn of de haalbaarheid van een dossier dat verzekeraar voor een verzekerde in behandeling heeft. Het belang van deze maatregel van de geschillenregeling mag niet worden onderschat aangezien het juist belangrijk is dat de verplichting ter zake de interne rechtshulp evengoed moet worden gewaarborgd als die wat betreft de vergoeding van de externe kosten van rechtshulp.

# Samenvatting

Het eerste deel van deze dissertatie — hoofdstuk 1 tot en met 3 — had een inleidend karakter. In de hoofdstukken 4 tot en met 10 heb ik de zes deelvragen van onderzoek beantwoord. In de inleiding van hoofdstuk 1 heb ik de onderzoeksvragen en onderzoeksopzet uiteengezet. Deze dissertatie staat in het teken van de onderzoeksvraag naar *de reikwijdte van het recht van vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG* (het recht van vrije advocaatkeuze ter zake gerechtelijke en administratieve procedures). Deze hoofdvraag valt weer uiteen in een zestal deelvragen, welke in de hoofdstukken 4 tot en met 10 zijn beantwoord:

1. *Wat is de geschiedenis en context van Richtlijn 87/344/EEG? (hoofdstukken 4-5)*
2. *Wat is de ratio van het in Richtlijn 87/344/EEG vervatte vrije advocaatkeuzeartikel artikel 4 lid 1 sub a? (hoofdstuk 6)*
3. *In hoeverre is met artikel 4:67 lid 1 onder a Wft aansluiting gezocht bij artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG (hoofdstuk 7)*
4. *Hoe worden artikel 4:67 lid 1 onder a Wft en artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG uitgelegd in de Nederlandse en Europese jurisprudentie? (hoofdstuk 8)*
5. *Hoe wordt artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG toegepast in andere EU-lidstaten: Duitsland, Frankrijk en Oostenrijk? (hoofdstuk 9)*
6. *Welke (kosten)maatregelen kunnen Nederlandse rechtsbijstandverzekeraars nemen om de kosten voor externe rechtshulpverleners gemoeid met de vrije advocaatkeuze binnen de perken te houden (hoofdstuk 10)*

Onderdeel van deze dissertatie was een rechtsvergelijkend onderzoek, waarvan ik de resultaten in hoofdstuk 9 heb weergegeven.

Hoofdstuk 2 en 3 bevatten als genoemd een algemene, inleidende beschouwing. In hoofdstuk 2 heb ik de Nederlandse praktijk van de rechtsbijstandverzekering geschetst, waarbij blijkt dat deze sterk leunt op dienstverlening ('in natura'). Van Nederlandse origine is zodoende de maatregel van het schaderegelingskantoor, waarbij ten behoeve van multibranche verzekeringsmaatschappijen de rechtsbijstandverlening wordt uitbesteed aan een zelfstandig daartoe geëquipeerd kantoor. Rechtsbijstandverzekeraars hebben in Nederland tevens een praktijk ontwikkeld waarin dossiers intern — bij de maatschappij of het schaderegelingskantoor — worden behandeld tot het moment dat dossiers moeten worden uitbesteed. Zodoende werden dossiers in de regel pas uitbesteed, wanneer het procesmonopolie van de advocatuur noopte tot de inschakeling van een advocaat. Uit de literatuur en cijfers volgt dat rechtsbijstandverzekeraars daarbij een relatief gering percentage van de dossiers uitbesteedden aan advocaten. Om strategisch om te springen met de beperkingen vanwege het procesmonopolie werd de figuur van de 'netwerkad-voocaat' ontwikkeld: een advocaat waarmee verzekeraar prijs- en afzetafspraken maakte voor de behandeling van rechtszaken waarin het procesmonopolie van

toepassing is. De Nederlandse markt van rechtsbijstandverzekeringen kenmerkt zich dus door een kosteneffectieve rechtsbijstandverlening waarbij de inschakeling van de (externe) advocaat wordt beperkt tot het strikt noodzakelijke. Het sluitstuk van deze ontwikkeling is dat relatief recentelijk, in het kader van de herziening van het stelsel van de gefinancierde rechtshulp, de verzekeraarbaarheid van (de kosten van) rechtsbijstand onder de aandacht is gekomen, waarbij tevens de mogelijkheden van een tariefregulering zijn onderzocht.

In hoofdstuk 3 heb ik de probleemstelling ter zake het recht van vrije advocaatkeuze geschetst. Tegelijkertijd met de snelle opmars van de rechtsbijstandverzekering is er in Nederland en Europa vanuit de advocatuur aanhoudende kritiek gekomen op de wijze van uitvoering van de rechtsbijstandverzekering. In de jaren zeventig heeft de internationale brancheorganisatie van de advocatuur stelling ingenomen en gepleit voor een versterkte positie van de rechtsbijstandverzekerde. Daarbij betrof de advocatuur vier stellingen: het recht van vrije advocaatkeuze voor verzekerden, onafhankelijkheid van de optredend advocaat, specialisatie van de rechtsbijstandverzekeraar en ten slotte een verbod op rechtsbijstandverlening door rechtsbijstandverzekeraars. Een algeheel gebod tot specialisatie voor rechtsbijstandverzekering en een verbod op rechtsbijstandverlening door rechtsbijstandverzekeraars is er niet gekomen in Richtlijn 87/344/EEG. Daarentegen is in de richtlijn gekozen voor een aantal te kiezen operationele bedrijfsmodellen voor verzekeraars, ten behoeve van de prudente uitvoering van de rechtsbijstand. Tevens is de vrije advocaatkeuze verankerd als wezenlijk recht van verzekerden, dat door rechtsbijstandverzekeraars moet worden gegarandeerd.

In hoofdstuk 4 en 5 heb ik de eerste subvraag beantwoord: *Wat is de geschiedenis en context van Richtlijn 87/344/EEG?* In hoofdstuk 4 schetste ik daartoe de totstandkoming van de eerste richtlijn schadeverzekering, nr. 73/239/EEG, die de basis vormde voor de latere richtlijn, Richtlijn 87/344/EEG. Met Richtlijn 73/239/EEG werden de voorwaarden gecreëerd voor de vrijheid van vestiging voor schadeverzekeraars. Ten aanzien van de rechtsbijstandverzekering bestond destijds nog een grote tegenstelling tussen enerzijds lidstaat Bondsrepubliek Duitsland, die specialisering (exclusieve beoefening van de rechtsbijstandverzekering) verlangde, en anderzijds de overige lidstaten van de EEG, die een dergelijke strenge eis niet stelden. De eis van de Bondsrepubliek had alles te maken met het fenomeen van 'belangenconflicten', die zich in de praktijk tussen verzekeraars en verzekerden voordeden. Bondsrepubliek Duitsland stelde de bescherming van verzekerden tegen de financiële prikkels gemoeid met de gelijktijdige beoefening van verschillende verzekeringssoorten binnen een maatschappij of concern voorop. Deze belangenconflicten manifesteren zich op verschillende wijzen, waarbij echter meestal aan de orde is dat voor verzekeraar perverse prikkels bestaan vanwege de omstandigheid dat deze een bijzonder belang heeft bij schaderegeling dat parallel loopt met dat van de tegenpartij van verzekerde. Doordat verzekeraar – wanneer de rechtsbijstand niet afgescheiden is van andere verzekeringsactiviteiten van de maatschappij – zodoende tegen zichzelf moet keren, bestaat een grotere kans dat hij niet genegen is om optimale rechtsbijstand te leveren. Dergelijke belangenconflicten onderscheiden zich van de 'gebruikelijke' economische belangentegenstelling die de verzekering eigen is. Immers, steeds heeft een verzekeraar een belang om zo min mogelijk uit te keren.

Bij belangenconflicten bestaat echter naast deze tegenstelling een aanmerkelijk belang om de rechtsbijstandverlening aan verzekerde te beperken. Bovendien, het voornoemde gebruikelijke issue inherent aan verzekeren, is – vanuit de prestatie van de rechtsbijstandverlening bezien – minder problematisch aangezien ook een rechtshulpverlener (zoals bijvoorbeeld de advocaat) die op betaalde basis rechtsbijstand verleent een tegenstrijdig belang heeft: het zo lang en veel mogelijk declareren. Deze beide vormen van algemene (belangen)tegenstellingen heffen elkaar zodoende op.

In hoofdstuk 5 vervolgde ik het onderzoek naar de wetsgeschiedenis en context van Richtlijn 87/344/EEG en beschreef ik de totstandkoming van deze richtlijn. Ik besprak hier het wetgevingsproces dat leidde tot uitvaardiging van de richtlijn. De richtlijn ontstond tegen de achtergrond van de discussies van de lidstaten over het voorkomen en bestrijden van belangenconflicten, ten gunste van de versterking van de positie van de rechtsbijstandverzekerde. De twee opeenvolgende richtlijnvoorstellen van de Europese Commissie bevatten een pakket aan maatregelen ter bestrijding van belangenconflicten, waarmee tegelijkertijd rekenschap gegeven werd van de keuze voor het – in bijna alle lidstaten bestaande – systeem van multibranche én gespecialiseerde rechtsbijstandverzekeraars. Om een goede balans tussen het gespecialiseerde en het multibranche systeem te bereiken werden diverse maatregelen verplicht gesteld ter voorkoming en bestrijding van belangenconflicten. Door middel van de gekozen maatregelen werd geborgd dat verzekerden op de verschillende niveaus van rechtshulpverlening werden beschermd tegen belangenconflicten. Voor de *interne rechtshulpverlening* voorzien de operationele maatregelen van artikel 3 van de richtlijn in een drietal modellen van schaderegeling, zulks ter keuze van de lidstaat en/of de rechtsbijstandverzekeraar: gescheiden beheer van schaderegeling binnen de verzekeringsmaatschappij, uitbesteding van de rechtsbijstand aan een schaderegelingskantoor of verlening van het recht van vrije advocaatkeuze wanneer verzekerde dekking heeft voor een geschil. Voor de *externe rechtshulpverlening* – wanneer zich de noodzaak tot inschakeling van een externe rechtshulpverlener voordoet – geldt het minimum van artikel 4 Richtlijn 87/344/EEG: verzekerde komt dan een vrije keuze toe voor de in te schakelen rechtshulpverlener. Dit minimum is omschreven met verwijzing naar de situatie die zich in een gerechtelijke of administratieve procedure voordoet, of in geval een belangenconflict is opgetreden.

Hoofdstuk 6 neemt een centrale rol in binnen deze dissertatie, gezien ik erin heb getracht de ratio van het advocaatkeuzerecht zo goed mogelijk toe te lichten aan de hand van cruciale stukken omtrent het wetgevingsproces (*‘travaux préparatoires’*). Het hoofdstuk staat derhalve in het teken van de beantwoording van de tweede subvraag: *Wat is de ratio van het in Richtlijn 87/344/EEG vervatte vrije advocaatkeuzeartikel artikel 4 lid 1 sub a?* Ik stond allereerst uitgebreid stil bij motieven van de Europese Commissie destijds om een recht van vrije advocaatkeuze voor te stellen ter voorkoming en bestrijding van belangenconflicten. Daarbij bleek dat de Europese Commissie het oog had op de benarde rol van de *huisadvocaat* van verzekeringsmaatschappij, wanneer deze werd gevraagd om rechtsbijstandverzekerde bij te staan. Deze advocaat was aldus de Europese Commissie niet geheel vrij in zijn rechtshulp-

verlening omdat hij zich teveel de belangen van verzekeraar, zijn regelmatige opdrachtgever, zou kunnen aantrekken.

Na een nadere analyse van de richtlijnvoorstellen van de Europese Commissie vervolgde ik met een gedetailleerde beschrijving van belangrijke notulen uit het wetgevingsproces bij de Raad van de Europese Gemeenschappen. De Groep Economische Vraagstukken was belast met het uitwerken van het concept voor Richtlijn 87/344/EEG. De door de Commissie voorgestelde maatregelen tegen belangenconflicten werden gehandhaafd en deels uitgebreid. De tekst van de bepaling van het recht van vrije advocaatkeuze werd nader uitgewerkt en toegespitst. Er is echter geen aanwijzing dat de lidstaten gewild hebben dat een normatief recht van vrije advocaatkeuze werd gecreëerd dat rechtsbijstandverzekeraars voorschrijft om, wanneer verzekerde daarvoor kiest, de zaak uit te besteden aan een externe rechtshulpverlener in geval dat zich een gerechtelijke of administratieve procedure voordoet. Meerdere lidstaten gaven juist aan bezwaren te zien in een al te sterke kostenstijging van rechtshulpverlening. Om dit te benadrukken werd door middel van een interpreterende verklaring vastgelegd dat de bepaling (welke uitmondde in artikel 4) geen wijziging beoogt te brengen in de in de lidstaten bestaande gebruiken ter zake inschakeling van de advocaat. De bepaling werd verder uitgewerkt ter zake de restrictie van vergoeding van de advocaatkosten ('ter zake gerechtelijke en administratieve procedures') en de reikwijdte van de groep personen waaruit verzekerde kan kiezen ('advocaat of andere persoon die volgens het nationaal recht gekwalificeerd is'). Ironisch genoeg was het lidstaat Nederland, samen met Bondsrepubliek Duitsland, die een verruiming van het minimum van het recht van vrije advocaatkeuze bepleitte, in de zin dat verzekerde zijn rechtshulpverlener mocht kiezen (telkens) wanneer een externe rechtshulpverlener werd ingeschakeld: derhalve zonder de beperking tot gerechtelijke en administratieve procedures. Dit werd echter niet geaccepteerd door de overige lidstaten. Ik concludeerde aan de hand van het besprekingsproces dat het recht van vrije advocaatkeuze van artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG volgens de ratio van de bepaling afhankelijk is van twee voorwaarden: (1) een besluit van verzekeraar en verzekerde tot inschakeling van een externe rechtshulpverlener (2) in het kader van een gerechtelijke of administratieve procedure.

Nadat ik de ontstaansgeschiedenis van Richtlijn 87/344/EEG heb beschreven, onderzoek ik in hoofdstuk 7 in hoeverre in de Nederlandse wet (momenteel artikel 4:67 lid 1 onder a Wft) aansluiting is gezocht bij artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG. Wederom heb ik daarbij – conform de systematiek van de richtlijn – onderscheiden naar de operationele maatregelen enerzijds en het recht van vrije advocaatkeuze anderzijds. Daarbij kwam naar voren dat Nederland de richtlijn trouw heeft gevolgd en de keuze heeft gelaten voor vrijwel alle mogelijke optionele bedrijfsmodellen voor rechtsbijstandverlening. Ook de tekst van het recht van vrije advocaatkeuze uit artikel 4 lid 1 onder a van Richtlijn 87/344/EEG is qua strekking overgenomen. De Nederlandse regering lichtte daarbij toe dat het recht van vrije advocaatkeuze – overeenkomstig de richtlijn – in de regel opgeld doet wanneer sprake is van het *procesmonopolie* of de verzekeraar de vereiste specialistische kennis voor een dossier ontbeert. In 1997 werden de mogelijkheden van rechtshulpverlening voor Nederlandse rechtsbijstandverzekeraars en schaderegelingskantoren uitgebreid,

omdat zij vanaf dat moment ook advocaten in dienst konden nemen. Deze mogelijkheden werden echter beperkt benut. Ten slotte beschreef ik dat de wet ter zake het moment van intreden van het recht van vrije advocaatkeuze is gewijzigd naar aanleiding van het arrest *Sneller* van het HvJ EU: inmiddels geldt het criterium dat de rechtshulpverlener ‘wordt gevraagd’ niet meer.

In hoofdstuk 8 besprak ik de ontwikkeling en stand van jurisprudentie op het gebied van het recht van vrije advocaatkeuze. *Hoe worden artikel 4:67 lid 1 onder a Wft en artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG uitgelegd in de Nederlandse en Europese jurisprudentie?* Ik stelde vast dat het arrest *Sneller* van het HvJ EU<sup>942</sup> een trendbreuk heeft veroorzaakt voor Nederlandse rechtsbijstandverzekeraars. Vóór het wijzen van dit arrest gold consequent een beperkte uitleg van het recht van vrije advocaatkeuze, hetgeen strookte met de ruime mate van rechtshulpverlening in natura door rechtsbijstandverzekeraars en schaderegelingskantoren. In de zaken *Eschig*<sup>943</sup>, *Stark*<sup>944</sup> en *Sneller*<sup>945</sup> heeft het HvJ EU gaandeweg een kentering ingezet. Het hof verkoos na analyse van de context en (kenbare) ratio van de richtlijn, in het licht van de elfde preambule ervan, een ruime bescherming van verzekerden, zonder dat evenwel duidelijk werd welke bescherming verzekerden daarmee wordt geboden. Het korte arrest van het hof roept op tot nadere vragen, zodat ik een verdere analyse heb gemaakt aan de hand van verwante keuzevrijheden in Europeesrechtelijk bestek.

Na een vergelijking met de gefinancierde rechtshulp en de vrije artskenkeuze bleek dat de Europese regelgever hier geen dergelijke verregaande inbreuk op nationaal recht en de contractsvrijheid voorschrijft. In het licht van de in hoofdstuk 5 en 6 weergegeven wetshistorie van Richtlijn 87/344/EEG concludeerde ik daarom dat de vigerende ruime uitleg van het recht van vrije advocaatkeuze van artikel 4 van de richtlijn strijdt met de bedoeling van de Europese Commissie en de lidstaten ten tijde van de totstandkoming. In het licht van rechtspraak van het HvJ EU zou naar mijn mening moeten worden vastgesteld dat de ruime uitleg, bij gebreke van een kenbare motivering, strijdig is met het Europese verdragsrechtelijke motiveringsbeginsel en evenredigheidsbeginsel. Ten slotte zal het niet verbazen dat de ruime uitleg van het recht van vrije advocaatkeuze is bevestigd in latere arresten *Massar*<sup>946</sup> en *Büyüktipi*,<sup>947</sup> waar het hof vaststelde dat de zogenoemde bestuurlijke voorprocedures kwalificeren als ‘administratiefrechtelijke procedures’. De nieuwe lijn van ruime vrije advocaatkeuze is gevolgd in rechtspraak van de burgerlijke rechter en in uitspraken van het Kifid.

Een rechtsvergelijking maakt ook onderdeel uit van deze dissertatie. Daarbij beantwoordde ik de vraag: *hoe wordt artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG toegepast in andere EU-lidstaten: Duitsland, Frankrijk en Oostenrijk?* Bij deze onderzochte drie lidstaten is sprake van een glijdende schaal in reikwijdte van het recht van vrije advocaatkeuze versus de bevoegdheden van rechtsbijstandverzekeraars. Duitsland neemt

942. HvJ EU 7 november 2013, ECLI:EU:C:2013:717.

943. HvJ EU 10 september 2009, C-199/08, ECLI:EU:C:2009:538.

944. HvJ EU 26 mei 2011, C-293/10, ECLI:EU:C:2011:355.

945. HvJ EU 7 november 2013, C-442/12, ECLI:EU:C:2013:717.

946. HvJ EU 7 april 2016, C-460/14, ECLI:EU:C:2016:216.

947. HvJ EU 7 april 2016, C 5/15, ECLI:EU:C:2016:218.

het ene uiterste in, waar het verzekeraar verboden is om rechtshulp te verlenen, zodat het recht van vrije advocaatkeuze geldt vanaf het moment dat rechtshulp wordt verleend.

Duitsland en Oostenrijk hebben gemeen dat er een wettelijk systeem van minimum advocatentarieven bestaat. Aan de hand daarvan zijn de tarieven voorspelbaarder. Tegelijkertijd bindt de rechtsbijstandverzekeraar zich aan vergoeding van de minimumtarieven. Een eventuele hogere vergoeding van de advocaat komt voor eigen rekening van verzekerde. De strakke werking van de minimumtarieven wordt genuanceerd door de zowel in de Duitse en Oostenrijkse bestaande bestendige praktijk van actieve schademanagement van rechtsbijstandverzekeraars, waarbij wordt gewerkt met eigen risico's, no-claims en sturingen op gelieerde ('netwerk-') advocaten alsmede mediatons.

Het Oostenrijkse stelsel houdt in zekere zin het midden tussen het Duitse en Nederlandse stelsel. Voor de rechtsbijstandverzekeraar geldt in de standaardvoorwaarden een termijn om te trachten de schade te regelen zonder tussenkomst van advocaten. Gedurende deze termijn heeft verzekerde de verplichting ('Obliegenheit') om verzekeraar toe te staan om een poging te doen zijn geschil buitengerechtelijk te regelen. Oostenrijk is onderwerp geweest in twee procedures voor het HvJ EU inzake de vrije advocaatkeuze. In de zaak *Stark*<sup>948</sup> is bevestigd dat de Oostenrijkse wettelijke maatregel, waarbij verzekerde slechts mag kiezen uit die rechtshulpverleners in het arrondissement van de gerechtelijke instantie – mits daar genoeg beschikbaar zijn – toegelaten is, voor zover verzekeraar slechts zijn vergoeding dienovereenkomstig beperkt en dus de daadwerkelijke keuzevrijheid onverlet laat.

Het Franse stelsel vormt het andere uiterste. Rechtsbijstandverzekeraars mogen sinds de 2007 Réforme geen bemoeienis hebben met de inschakeling van de advocaat, hetgeen een aangelegenheid van verzekerde zelf is geworden. Als tegenwicht geldt dat verzekeraars strikte kostenmaxima hanteren, aan de hand van een fijnmazig systeem gerangschikt naar verschillende typen procedures. Bijgevolg ontstaat hier de reële mogelijkheid dat verzekerden een gedeelte van de advocaatkosten zelf moeten dragen. Verzekeraars zijn daarentegen erg actief in de schaderegeling van rechtsbijstand in de buitengerechtelijke fase. Deze ruime bevoegdheid is enigszins ingeperkt door de eveneens uit de 2007 Réforme voortvloeiende maatregel dat verzekerde recht heeft op een advocaat wanneer de tegenpartij in het geschil ook wordt bijgestaan door een advocaat.

In hoofdstuk 10 heb ik de gebruikelijke kostenbeperkende maatregelen besproken ter beantwoording van de vraag: *welke (kosten)maatregelen kunnen Nederlandse rechtsbijstandverzekeraars nemen om de kosten voor externe rechtshulpverleners gemoeid met de vrije advocaatkeuze binnen de perken te houden (hoofdstuk 10)*. Daarbij voorkomende maatregelen kunnen grofweg worden verdeeld in drie categorieën: omzetgenererende maatregelen (premieverhoging en eigen risico's), besparing op externe kosten (met name bestaande uit de kosten van externe rechtshulpverleners) en bezuinigingsmaatregelen (besparen op interne (personeels)kosten). Telkens zal voldoende oog

948. HvJ EU 26 mei 2011, C-293/10, ECLI:EU:C:2011:355.

moeten worden gehouden op een (abstract) niveau van minimumkwaliteit van de te leveren rechtshulp, die door de stijgende externe kosten onder druk kan komen te staan. In dat verband deed ik enkele aanbevelingen voor het behouden van en toezicht houden op de kwaliteit. Het schaderegelingskantoor in het bijzonder kan – vanwege de distantie van (de economische belangen van) de verzekeringsmaatschappij – hier dienstbaar zijn omdat de belangen meer (zuiver) gericht zijn op de rechtshulpverlening.

De praktijk van Nederlandse rechtsbijstandverzekeraars ten aanzien van kostenvergoedingen onder het recht van vrije advocaatkeuze is er duidelijk niet voorspelbaarder op geworden. Ten behoeve van transparantie van tarieven en rechtszekerheid ligt het voor de hand om een tariefregulering te overwegen. Deze kan van overheidswege geschieden of worden overgelaten aan de markt, bij wijze van zelfregulering. Ik zie een belangrijke meerwaarde in een vergelijking met de vergelijkbare problematiek van naturadienstverlening en kostenvergoeding onder de zorgverzekering ('vrije advocaatkeuze'). Daarom heb ik onder meer de suggestie gedaan om het zogenoemde hinderpaalcriterium overeenkomstig toe te passen voor de rechtsbijstandverzekering, waarbij (bij wijze van richtlijn) 80% procent van de kosten van de gekozen rechtshulpverlener wordt vergoed. Daarbij kan tevens, wat betreft een marktconform tarief, een verdere aansluiting worden gezocht met de gemiddelde kosten van netwerkadvocaten van verzekeraars hetzij bij een tarief van (van overheidswege) gefinancierde rechtshulp.

Ten slotte besprak ik in dit hoofdstuk de bandbreedtes van de restricties die verzekeraars aan verzekerden opleggen in verband met verplichtingen ten aanzien van melding en medewerking. De door de verruimde advocaatkeuze stijgende kostenlast noopt verzekeraars ertoe om de grenzen te bewaken. Tegelijkertijd moet hierbij rekenschap worden gegeven van de eisen voortvloeiend uit verzekeringsrechtelijke wetgeving en jurisprudentie.

De antwoorden op de zes deelvragen leveren spanning op in de beantwoording van de hoofdvraag van onderzoek. Er is mijns inziens een situatie gecreëerd waarin het oorspronkelijke oogmerk van het recht van vrije advocaatkeuze uit artikel 4 lid 1 onder a Richtlijn 87/344/EEG, het voorkomen van belangenconflicten, uit het oog is verloren. In plaats van een voorwaardelijk recht van vrije advocaatkeuze (vanaf het moment dat een externe rechtshulpverlener wordt ingeschakeld in overleg tussen verzekeraar en verzekerde) is ten gunste van verzekerden (die daarvoor kiezen) een verstrekkend recht gecreëerd (slechts afhankelijk van een gerechtelijke of administratieve procedure). Daarmee is het recht van vrije advocaatkeuze door het HvJ EU van middel tot doel verheven. Dit is strijdig met de wetsgeschiedenis van Richtlijn 87/344/EEG en creëert voor de markt een situatie waarin door de Europese Commissie en lidstaten niet is voorzien.

De verruiming van de vrije advocaatkeuze maakt dat voor de Nederlandse praktijk de nadruk is komen te liggen op kostenbeheersing. Dit is niet vreemd omdat in Nederland, veel meer dan in de andere onderzochte landen, een grote discrepantie bestaat tussen de hoogte van premies van de rechtsbijstandverzekering en die van het gemiddeld uurtarief van een advocaat. Anders dan in Duitsland en Oostenrijk



ontbreekt een middel zoals tariefregulering. Daarnaast zijn de tarieven van advocaten in Nederland fors hoger dan in de onderzochte landen. Dit is niet een probleem dat nu pas wordt onderkend: in hoofdstuk 6 bleek dat dit door Nederland ook werd onderstreept tijdens het onderhandelingsproces over Richtlijn 87/344/EEG. Er is zodoende ten onrechte een geïsoleerd Nederlands probleem gecreëerd dat geen basis vindt in Richtlijn 87/344/EEG maar wel nationaal zal moeten worden opgelost, voor zover niet opnieuw op Europees niveau een oplossing wordt gevonden.

In het kader van te handhaven lage premies kan een aantal maatregelen worden overwogen, die ik in hoofdstuk 10 heb besproken. Om het werkelijke probleem inzichtelijk te krijgen, heb ik aan het slot van hoofdstuk 8 voorgesteld om onderzoek te doen naar de extra kostenlast die wordt veroorzaakt door de verruimde advocaatkeuze. Wanneer deze extra kosten inzichtelijk zijn geworden, kan alsnog een bezinning plaatsvinden over deze vigerende ruime uitleg en de (kost)prijs van effectieve rechtsbijstandverlening onder de rechtsbijstandverzekering. Dit gebeurt weliswaar rijkelijk laat, maar dat strookt met de afwijkende uitleg van het recht van vrije advocaatkeuze tijdens de totstandkoming van Richtlijn 87/344/EEG waarvan inmiddels afstand is gedaan. Het recht is net als de maatschappij bovendien niet statisch maar onderhevig aan verandering, zodat een bezinning op de kosten van rechtshulp ook om die reden wenselijk mag worden geacht. Daarom is in hoofdstuk 10 ook stilgestaan bij de vraag of er bijvoorbeeld een vorm van tariefregulering moet komen om een al te grillige kostenstijging gemoeid met inschakeling van eigen rechtshulpverleners te beteugelen. Er dient immers een gezonde verhouding te blijven bestaan tussen de collectieve premieopbrengsten en de in het individuele geval toe te kennen vergoedingen voor een zelf gekozen rechtshulpverlener. Daarbij zal de mate van kwaliteit die mag worden verwacht van rechtshulpverlening ook maatgevend zijn, hetgeen echter een aspect is dat voor rechtsbijstandverzekeraars en advocatuur gelijkelijk aangaat. Dit zou daarom branche overstijgend kunnen worden benaderd.

## Lijst verkort aangehaalde werken

Alexy, R. (2002), *A theory of constitutional rights*, Oxford: Oxford University Press.

Armbrüster, C. (2011), Annotatie bij LG Bamberg 8 november 2011 (1 O 336/10), VersR, 1515-1520.

Armbrüster, C. (2012), 'Freie Anwaltswahl für rechtsschutzversicherte Mandanten in Deutschland?', *Anwaltsblatt*, 218-220.

Arnulf, A. (2006), *The European Union and its Court of Justice*, Oxford: Oxford European Union Law Library.

Baarsma, B. & Felsö, F. (2005), *Het proces als domein*, Amsterdam: SEO.

Barkhuysen, T. & Bos, A. (2011), 'De betekenis van het Handvest van de Grondrechten', *JBplus*, 3-34.

Beck, G. (2013), *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Oxford: Hart Publishing.

Beenakkers, E. & Eshuis, R.G. (2012), *Hulp bij juridische problemen; een verkennend onderzoek naar de kwaliteit van de dienstverlening van advocaten en rechtsbijstandverzekeraars; literatuurstudie en secundaire analyses*, Den Haag: WODC.

Bigot, J. (1990), 'La loi n. 89-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du code des', *JCP edition generale*, I 3437 (p. 1-26).

Bok, A. De Waard, B. & Gilhuis, P. (2001), *Rechtsvergelijking bestuursrechtspraak: een bespreking van de stelsels van Frankrijk, Duitsland, Denemarken en Engeland*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.

Bonnard, J. (2000), 'L'assurance de protection juridique et la portée du principe du libre choix de l'avocat par l'assuré', *Recueil Dalloz*, 343-349. Opgehaald van [www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr).

Boogers, R. & Wannink, R. (2013), 'Artikel 6:13 Awb: de stand van de rechtspraak', *PB*, 10-14.

Boshuizen, G. (2001), *Verzekeringen overheidstoezicht en privaatrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink.

Bouman, H. (1984), 'Rechtsbijstandverzekering en advocaat', *Advocatenblad*, 345-361.

Bouquin, J. (2004), *L'assurance de protection juridique des particuliers*, Parijs: FFSA.

Bruin, H. (1982), 'Advocatuur en rechtsbijstandverzekering', *Advocatenblad*, 169-233.

Cerveau, B. (2000), 'Protection juridique: libre choix de l'avocat', *GP*, 4-8.

Cerveau, B. (2006), *L'assurance de protection juridique: marché, garanties, perspectives*, Parijs: L'Argus de l'assurance.

Cerveau, B. (2007), 'Commentaire de la loi n° 2007-210 du 19 février 2007 portant réforme de l'assurance de protection juridique', *GP*, 3-18.

Cerveau, B. (2011), Annotatie bij HvJ EU 26 mei 2011 (*Stark/D.A.S.*), *GP*, 2378-2381.

Cerveau, B. (2013), 'La prise en charge du coût de l'assistance juridique d'un représentant librement choisi par l'assuré', *GP*, 3898-3901.

Cerveau, B. (2015) 'La protection juridique, un moyen moderne d'accès au droit et à la justice', *GP*, 9-14.

Cerveau, B. & Mageat, H. (1987), 'Commentaire de la directive du Conseil des Communautés européennes portant coordination des dispositions législatives réglementaires et administratives concernant l'assurance protection juridique', *Gazette du Palais*, 2-10.

Colle, P. & Fagnart, J. (1998), *Bijzondere vraagstukken rechtsbijstandverzekering*, Antwerpen: Maklu.

Conway, G. (2012), *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge: Cambridge University Press.

Cornelius-Winkler, J. (2013), 'Schadenmanagement der Rechtsschutzversicherer im Verkehrsrecht', *SVR*, 201-207.

Cousy, H. & Claassens, H. (1982), *Rechtsbijstand en verzekering*, Antwerpen: Maartens Kluwer's Internationale Uitgeversonderneming.

Craig, P. & De Búrca, G. (2011), *EU Law: Text, cases and materials*, Oxford: Oxford University Press.

Croes, M.O. (2012), *Kosten van een rechtszaak*, Den Haag: WODC.

De Graaff, R. (2014), 'Vliegen onder Verdrag of Verordening? Samenloopleerstuk biedt sleutel tot evenwichtige oplossing', *MvV Maandblad voor Vermogensrecht* (2014/6), p. 162-172, 162-172.

De Jong, L. (2010), 'Vrije advocaatkeuze voor rechtsbijstandverzekering', *AB*, 541-542.

Dreher, M. (1988), 'Die Zulässigkeit von Unternehmensverträgen unter Beteiligung von Versicherungsaktiengesellschaften', *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft*, 619-654.

Dusseau, L. & Vuillon, A. (2007), 'Protection juridique : une réforme «tous gagnants»', *GP*, 3-4.

E.A. B. & A. K. (1990), 'De Balie en de rechtsbijstandverzekering: een opmaat tot discussie', *Advocatenblad*, 573-579.

Eberhardt, U. (2013), 'Rechtsschutzversicherung am Wandel - Mit der Anwaltschaft gemeinsam in schwierigem Gelände', *VersR*, 802-815.

Eidam, G. (1984), *Spartentrennung in der Rechtsschutzversicherung*, Hamburg: Universität Hamburg.

Emiliou, N. (1996), *Principle of Proportionality in European Law; A Comparative Study*, Kluwer Law International: Cambridge.

Eshuis, R., Dalm, S. & Jong, P. (2014). *Evaluatie Competentiegrensverhoging 2011: Rapportage voormeting*, Den Haag: WODC.

Eshuis, R. & Geurts, T. (2016), *Lagere drempels voor rechtzoekenden: Evaluatie van de Verhoging van de Competentiegrens in 2011*, Den Haag: WODC.

Eshuis, R., Geurts, T. & Beenackers, E. (2012), *Hulp bij juridische problemen: een verkennend onderzoek naar de kwaliteit van de dienstverlening van advocaten en rechtsbijstandverzekeraars; literatuurstudie en secundaire analyses*, Den Haag: WODC.

Fennaly, N. (1996), 'Legal Interpretation at the European Court of Justice', *FILJ*, 656-679.

Fenves, A. (1994), 'Das "Anwaltsmodell" als Organisationsprinzip der Schadenregulierung in der Rechtsschutzversicherung', *VR*, 97-110.

Friedl, G. (1994), 'Die Prüfung der Erfolgsaussicht und der Mutwilligkeit in der Rechtsschutz-Versicherung', *VR*, 129-133.

Goettsch, T. (1997-2), 'Vrije advocaatkeuze: rationele regeling of - opnieuw - regeling van de rechtshulpmarkt?', *NJB*, 534-538.

Grassl-Palten, E. (2002), 'Rechtsschutzversicherung: Darf die freie Anwaltswahl etwas kosten?', *RdW*, 646-648.

- Groutel, H. (1990), La réforme du Code des assurances. *RCA (februari)*, 1-12.
- Groutel, H. (2007), 'La réforme de l'assurance protection juridique: une affaire (trop) rondement menée!', *RCA (februari)*, Alerte 7, p. 1-3.
- Gunst, J. &. (2002), *Advocaten en advocatuur in loondienst: een evaluatieonderzoek naar de Verordening op de Praktijkuitoefening in Dienstbetrekking*, WODC.
- Harbauer, W. (2010), *Rechtsschutzversicherung. ARB-Kommentar: Kommentar zu den Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung*, München: C.H. Beck.
- Hartmann, T. (2015), *Rechtsschutzversicherung: Prüfung von Deckungsablehnungen*, Wenen: Verlag Dr. Thoman Hartmann e.U.
- Hellegers, D. (2009), 'De geschillenbeslechting bij het KiFiD nader beschouwd', *NTHR*, 1-10.
- Hendrikse, M. (2015), 'Medewerkingsplicht na de verwezenlijking van het risico', in: M. Hendrikse, P. Van Huizen & J. Rinkes, *Verzekeringsrecht* (pp. 367-392), Deventer: Kluwer.
- Henning Wendt, D. (2014), 'Leistungspflichten des Rechtsschutzversicherers nach § 125 VVG - Mit Anmerkungen zur alternativen Streitbeilegung', *VersR*, 420-428.
- Hesemans, D. (2009), *Lexplicatie Advocatenwet*, Deventer: Wolters Kluwer.
- Holthinrichs, D. (2015), 'De Rechtsbijstandverzekering', in: M. Hendrikse, P. Van Huizen & J. Rinkes, *Verzekeringsrecht* (pp. 803-865), Deventer: Wolters Kluwer.
- Isola, C. (1987), 'Maitenant que la directive est là', *L'Assurance defence en Europe*, 6-18.
- Jans, J. (2005), 'De rol van het evenredigheidsbeginsel bij minimumharmonisatie', in: A. Nieuwenhuis, B. Schueler & C. Zoethout, *Proportionaliteit in het publiekrecht* (pp. 111-123), Deventer: Kluwer.
- Karauscheck, E. & Kaufmann, I. (2011), 'Anwaltswahlrecht und "Loco-Tarif"', *VR*, 38-42.
- Killian, M. (2012), 'Berufsrecht im Dreipersonenverhältnis: Abrechnungsvereinbarung', *Anwaltsblatt*, 209-217.
- Kolba, P. Resetarits, P. & Weiser, N. (2014), *Mein großer Rechtsberater*, Wenen: Linde Verlag.
- Koning, I. (2013), 'Final boarding call voor de luchtvaartmaatschappijen', *NJB*, 532-543.

Kraaijpoel, B. (2015), 'Een praktijkvennootschap voor een advocaat: de nieuwe kleren van de keizer?', *MvO*, 75-80.

Krajewski (2001), 'Limitation de garantie et choix de l'avocat', *Recueil Dalloz*, 1057-1065. Opgehaald van [www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr).

Kronsteiner, F. (1994), 'Die Interessenkollision in der Rechtsschutzversicherung', *VR*, 1-14.

Kronsteiner, F. (2003), 'Rechtsschutz-Richtlinie, Interessenkollision und freie Anwaltswahl', *VR*, 36-38.

Kronsteiner, F. (2009), 'Die Auswirkungen der OGH-urteile über die "Massenschadenklausel" auf die Rechtsschutzversicherung', *VR*, 37-40.

Kronsteiner, F. (2014), 'Rechtsschutzversicherung', in: A. Fenyves & M. Schauer, *VersVG* (pp. 1-60), Wenen: Verlag Österreich.

Lasok, P. & Millett, T. (2004), *Judicial Control in the EU: Procedures and Principles*, Oxford: Oxford University Press.

Lemaerts, K. & Gutiérrez-Fons, J. (2013), 'To say what the law of the EU is: methods of interpretation and the European Court of Justice', *EUI Working Papers*, 1-46.

Lenaerts, K. & Van Nuffel, P. (2011), *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen: Intersentia.

Levie, G. (1973), 'Een etappe in de integratie van het Europese verzekeringswezen', *Bulletin Assurances*, 741-781.

Lochak, D. (2013), *Mutations de l'Etat et protection des droits de l'homme*, Parijs: Presses Universitaires de Paris Quest.

Maduro, M. (2007), 'Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Plurism', *EJLS*, 1-21.

Miettinen, S. & Kettunen, M. (2015), 'Travaux to the EU Treaties: Preparatory Work as a Source of EU Law', *CYELS*, 145-167.

Möller, H. (1975), *Studien zur Rechtsschutzversicherung in europäischen Ländern und in den Vereinigten Staaten*, Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft.

Müller, H. (2006), *Legal bases of the insurance market in Europe*. Opgehaald van Hamburger Gesellschaft zur Förderung des Versicherungswesens mbH: <http://www.hgfv.de/hgfv/pdf/BinnenmarktMueller06E.pdf>.

Paris, C. (2004), *Le régime de l'assurance protection juridique*, Brussel: De Boeck & Larcier.

Pichler, C. (2008), 'Rechtsschutzversicherung und (un-)freie Anwaltswahl - Kann die freie Anwaltswahl des Versicherungsnehmers von der Rechtsschutzversicherung beschränkt werden?', *Österreichisches Anwaltsblatt*, 199-204.

Prassl, J. (2013), 'Freedom of Contract as a General Principle of EU Law? Transfers of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law: Case C-426/11 *Alemo-Herron and others v Parkwood Leisure Ltd.*', *ILJ*, 434-446.

Pröller, E. (2005), *Versicherungsaufsichtsgesetz*, München: C.H. Beck.

Pröller, E. & Martin, A. (2018), *Versicherungsvertragsgesetz: VVG*, München: C.H. Beck.

Beckmann, R. & Matusche-Beckmann, A. (2015), *Versicherungsrechts-Handbuch*, München: C.H. Beck.

Reijntjes, J. (2009), *Nederlandse strafvordering*, Deventer: Kluwer.

Rijken, J. (2012), 'De voorgenomen wijziging van artikel 13 Zvw — een kleine ingreep aan het hart van de zorgverzekering', *TvGR*, 475-481.

Roth, J. (2009), 'Rechtsbijstandverzekeraars en de vrije advocaatkeuze', *L&S*, 3-4.

Rutgers, G. (1980), *De verplichte procesvertegenwoordiging: Enige aspecten van de verplichte procesvertegenwoordiging in het burgerlijk geding in Nederland*, Den Haag: Vuga.

Sauter, W. (2013), 'Proportionality in EU law: a balancing act?', *Tilec Discussion paper*, 1-31. Opgehaald van [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).

Schilasky, O. (1998), *Einschränkungen der freien Rechtsanwaltswahl*, Karlsruhe: diss.

Schönberg, S. & Frick, K. (2003), 'Finishing, Refining, Polishing: On the Use of travaux préparatoires as an Aid to the Community Legislation', *ELRev*, 149-171.

Schons, H. (2010), 'Rechtschutzversicherer - Partner, Kontrolleur oder des Anwalts Konkurrent?', *Anwaltsblatt*, 861-863.

Schweers, K. & Rupert, W. (2016), 'Is het maatschappelijk onbetamelijk om een (beroeps)fout te maken?', *MvV*, 217-224.

Snijders, H. Klaassen, C. & Meijer, G. (2017), *Nederlandse burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.

Spronken, T. (2001), *Verdediging: Een onderzoek naar de normering van het optreden van advocaten in strafzaken*, Deventer: Kluwer.

Stone Sweet, A. & Mathews, J. (2008), 'Proportionality Balancing and Global Constitutionalism', *CJTL*, 68-149. Opgehaald van [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).

- Timman, H. (1990), 'Rechtsbijstandverzekering en advocatuur', *Advocatenblad*, 210-215.
- Van Boom, W. (2011-1), 'Enige recente ontwikkelingen in de particuliere rechtsbijstandverzekering', *TvC*, 8-15.
- Van Boom, W. & Luiten, J. (2015), 'Procesfinanciering door derden', *RMThemis*, 188-199.
- Van de Gronden, J. (2011), 'Richtlijn rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg: veel huiswerk voor de Nederlandse zorgwetgever?', *SEW*, 373-387.
- Van de Gronden, J. (2016), 'Grensoverschrijdend patiëntenverkeer in de Zorgverzekeringswet: is de voorgenomen wijziging van artikel 13 Europeesrechtelijk houdbaar?', *TvGR*, 4-17.
- Van der Touw, K. (2013), 'De Patiëntenrichtlijn: dreigt de wetgever bij de implementatie de plank mis te slaan?', in: M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes, *De zorgverzekering*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 63-97.
- Van Ooik, R. (2013), 'Evenredigheid in het EU-recht', *RegelMaat*, 166-182.
- Van Schelven, B. & Janssen, M. (2017), 'Het hinderpaalcriterium drie jaar na CZ/Momentum: De stand van zaken van het kat-en-muisspel tussen zorgverzekeraars en niet-gecontracteerde zorgaanbieders', *TvG*, 479-491.
- Vos, G. (1984), 'Nederlandse advocaten en verzekeraars: partners?', *Advocatenblad*, 362-370.
- Werner, J. (1985), *Die Rechtsschutzversicherung in Europa*, Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft.
- Westbroek, T. (1997-4), 'De vrije advocaatkeuze in de rechtsbijstandspolis: rechts-onzekerheid troef?', *VA*, 146-150.
- Winter, H. Couwenberg, O. Akerboom, C. Woestenburg, N. & Struiksmā, T. (2015), *Tariefregulering in de advocatuur: Onderzoek naar de voor- en nadelen*, Groningen: Pro Facto.





# Lijst met aangehaalde jurisprudentie

## Europees

HvJ EG 5 februari 1963, C-26-62, ECLI:EU:C:1963:1  
HvJ EG 4 juli 1963, C-24/62, ECLI:EU:C:1963:14  
HvJ EG 15 juli 1964, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66  
HvJ EG 6 oktober 1970, C-9/70, ECLI:EU:C:1970:78  
HvJ EG 3 maart 1977, C-80/76, ECLI:EU:C:1977:39  
HvJ EG 20 februari 1979, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42  
HvJ EG 13 juli 1989, C-215/88, ECLI:EU:C:1989:331  
HvJ EG 13 november 1990, C-331/88, ECLI:EU:C:1990:391  
HvJ EG 26 februari 1991, C-292/89, ECLI:EU:C:1991:80  
HvJ EG 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428  
HvJ EG 21 januari 1992, C-310/90, ECLI:EU:C:1992:27  
HvJ EG 23 februari 1988, C-131/86, ECLI:EU:C:1988:86  
HvJ EG 28 april 1998, C-120/95, ECLI:EU:C:1998:167  
HvJ EG 28 april 1998, C-158/96 ECLI:EU:C:1998:171  
HvJ EG 1 oktober 1998, C-209/96, ECLI:EU:C:1998:448  
HvJ EG 5 mei 1998, C-386/96, ECLI:EU:C:1998:193  
HvJ EG 7 november 2000, C-168/98, ECLI:EU:C:2000:598  
HvJ EG 12 juli 2001, C-157/99, ECLI:EU:C:2001:404  
HvJ EG 12 juli 2001, C-189/01, ECLI:EU:C:2001:420  
HvJ EG 10 december 2002, C-491/01, ECLI:EU:C:2002:741  
HvJ EG 9 januari 2003, C-76/00, ECLI:EU:C:2003:4  
HvJ EG 13 mei 2003, C-385/99, ECLI:EU:C:2003:270  
HvJ EG 29 april 2004, C-372/97, ECLI:EU:C:2004:234  
HvJ EU 6 december 2005, gevoegde zaken C-453/03, C-11/04, C-12/04 en C-194/04, ECLI:EU:C:2005:741  
HvJ EU 10 februari 2009, C-301/06, ECLI:EU:C:2009:68  
HvJ EU 7 juli 2009, C-558/07, ECLI:EU:C:2009:430  
HvJ EU 10 september 2009, C-199/081, ECLI:EU:C:2009:538 (*Eschig/UNIQA*)  
HvJ EU 8 juni 2010, C-58/08, ECLI:EU:C:2010:321  
HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811  
HvJ EU 26 mei 2011, C-293/10, ECLI:EU:C:2011:355 (*Stark/D.A.S.*)  
HvJ EU 18 juli 2013, C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521  
HvJ EU 7 november 2013, C-442/12, ECLI:EU:C:2013:717 (*Sneller/DAS*)  
HvJ EU 8 april 2014, gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238  
HvJ EU 7 april 2016, C-460/14, ECLI:EU:C:2016:216  
HvJ EU 7 april 2016, C-5/15, ECLI:EU:C:2016:218

EHRM 14 januari 2003, no. 26891/9 (*Lagerblom/Zweden*)

EHRM 20 oktober 2015, no 25703/11 (*Dvorski/Kroatië*)

**Nederlands**

HR 28 april 1995, ECLI:HR:1995:ZC1718  
 HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717  
 HR 5 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9705, NJ 2008, 57  
 Rechtbank Amsterdam 8 maart 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BP7547  
 Gerechtshof Amsterdam 26 juli 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR5339  
 Rechtbank Amsterdam 18 januari 2012, ECLI:RBAMS:2012:BW6659  
 Rechtbank Amsterdam 1 februari 2012, ECLI:RBAMS:2012:BV5691  
 Rechtbank Amsterdam 13 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX1484  
 Rechtbank Amsterdam 12 september 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY0150  
 HR 28 september 2012, NJ 2012, 567  
 Raad van State 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2369  
 HR 7 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:522, NJ 2014, 333  
 Rechtbank Amsterdam 18 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1920  
 Gerechtshof 's Gravenhage 29 april 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1433  
 HR 21 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:396  
 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (vzr.) 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6682  
 HvJ EU 7 april 2016, C-5/15, ECLI:EU:C:2016:218  
 Hoge Raad 11 juli 2014, NJ 2015, 83  
 Hoge Raad 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2901  
 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (vzr.) 18 november 2014,  
 ECLI:NL:GHARL:2014:8895  
 Gerechtshof Amsterdam 23 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5790  
 Raad van State 21 januari 2015, 201405096/1/A2  
 Rechtbank Midden-Nederland 21 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7578  
 Rechtbank Zeeland-West-Brabant (vzr.) 24 juni 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:3891  
 Rechtbank Noord-Nederland 30 januari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:245  
 Rechtbank Midden-Nederland 18 april 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1908

**Raad van Toezicht**

RvT 2000/29 Rbs  
 RvT 2005/002 Rbs  
 RvT 2005/006 Rbs  
 RvT 2006/069 Rbs  
 RvT 2007/044 Rbs  
 RvT 2007/077 Rbs

**Kifid**

Kifid GC 2008-18  
 Kifid GC 2011-57  
 Kifid GC 2011-90  
 Kifid GC 2012-204  
 Kifid GC 2014-110  
 Kifid GC 2014-287

Kifid GC 2015-047  
Kifid GC 2015-061  
Kifid GC 2015-310  
Kifid GC 2015-400  
Kifid GC 2016-08  
Kifid GC 2016-029  
Kifid GC 2016-472  
Kifid GC 2017-253  
Kifid GC 2017-394  
Kifid GC 2017-876  
Kifid GC 2018-013

### **Rechtsvergelijking**

#### *Duitsland*

BGH 20 februari 1961, *VersR* 1961, 433/*NJW* 1961, 1113  
BGH 24 januari 1972, *NJW* 1972, 577  
LG Hamburg 11 oktober 1989  
BGH 26 oktober 1989, *NJW* 1990, 578  
BGH 22 mei 1991, *VersR* 1991  
LG Bremen 4 september 1997, *VersR* 1998, 974  
OLG Köln 16 augustus 1994, *VersR* 1995, 530  
OLG Bamberg 20 september 2012, *NJW* 2012, 2282  
BGH 4 december 2013, *NJW* 2014, 630

#### *Oostenrijk*

OGH 7 november 1974, 7 *Ob* 201/74  
OGH 7 april 1992, 10 *Ob* S 22/92  
OGH 28 juni 1995, 7 *Ob* 13/95  
OLG 22 mei 2002, 7 *Ob* 32/02k  
OGH 8 juli 2009, 7 *Ob* 236/08  
OGH 16 december 2009, 7 *Ob* 194/09v  
OGH 10 mei 2011, 4 *Ob* 57/11b  
OGH 23 maart 2012, 1 *Ob* 30/12m  
OGH 11 december 2013, 7 *Ob* 50/13y

#### *Frankrijk*

CA Lyon 26 oktober 1950, *RGAT* 1950, p. 365  
CC Civ I, 15 juli 1999, nr. 97.10.725, *Bull. Civil*, nr. 233



# **Bijlage 1:**

## **Polisvoorwaarden ten tijde van implementatie van Richtlijn 87/344/EEG in de Nederlandse wet in vergelijking met polisvoorwaarden na het arrest Sneller**

### **Polisvoorwaarden ten tijde van implementatie van Richtlijn 87/344/EEG**

*Kamerstukken II 1988/89, 21076, 6, p. 14 e.v. (MvA II).*

Het meest uitgesproken waren de polisvoorwaarden van

DAS:

‘Artikel 9 Rechten en verplichtingen van de maatschappij met betrekking tot de behandeling van de zaak:

1. De rechtsbijstand wordt door de maatschappij zelf verleend.
2. Indien afwikkeling van de zaak door of vanwege de maatschappij niet kan worden gerealiseerd, draagt de maatschappij de behandeling van de zaak over aan een externe deskundige. Indien de behandeling van de zaak wordt overgedragen aan een advocaat, zal de maatschappij daarbij een door de verzekerde kenbaar gemaakte voorkeur volgen met dien verstande, dat in zaken, die dienen voor een buitenlands gerecht de in te schakelen advocaat bevoegd met zijn voor dat gerecht op te treden.’

ARAG:

‘Artikel 12. Behandeling van de zaak, Afkoop:

1. Rechtsbijstand wordt verleend door deskundigen in dienst van de maatschappij of door andere deskundigen indien de maatschappij dit wenselijk en/of noodzakelijk acht. De opdracht aan advocaten en andere deskundigen wordt uitsluitend door de maatschappij namens verzekerde gegeven. Indien een advocaat wordt ingeschakeld heeft verzekerde het recht deze te kiezen. Heeft verzekerde geen voorkeur dan kiest de maatschappij zelf.’

Centraal Beheer:

‘Behandeling van de zaak en verplichtingen van de Stichting,

Artikel 4: a. De rechtsbijstand wordt verleend door deskundigen van de Stichting of door andere deskundigen, als de Stichting dit wenselijk en/of noodzakelijk acht. De opdracht aan de advocaten en andere deskundigen wordt uitsluitend namens de verzekerde door de Stichting gegeven. Als de advocaat wordt ingeschakeld, heeft de verzekerde het recht een advocaat te kiezen. Heeft verzekerde geen voorkeur, dan kiest de Stichting zelf.’

Delta Lloyd:

## ‘Artikel 2 Omvang van de dekking:

(...) Inschakeling van deskundigen: Indien Interjura besluit dat het gewenst of vereist is om een advocaat in te schakelen, heeft verzekerde het recht deze zelf te kiezen. Maakt verzekerde van dit recht gebruik dan volgt Interjura die keuze.’. Interpolis: ‘Artikel 7. Het verlenen van rechtsbijstand: 1. De rechtsbijstand wordt verleend door deskundigen in dienst van de Stichting of door andere deskundigen indien de Stichting dit wenselijk en/of noodzakelijk acht. De opdracht aan advocaten en andere deskundigen wordt uitsluitend namens verzekerde door de Stichting gegeven. Indien een advocaat wordt ingeschakeld heeft verzekerde het recht een advocaat te kiezen. Heeft verzekerde geen voorkeur, dan kiest de Stichting zelf.’. Interpolis: ‘Artikel 7. Het verlenen van rechtsbijstand: 1. De rechtsbijstand wordt verleend door deskundigen in dienst van de Stichting of door andere deskundigen indien de Stichting dit wenselijk en/of noodzakelijk acht. De opdracht aan advocaten en andere deskundigen wordt uitsluitend namens verzekerde door de Stichting gegeven. Indien een advocaat wordt ingeschakeld heeft verzekerde het recht een advocaat te kiezen. Heeft verzekerde geen voorkeur, dan kiest de Stichting zelf.’.

Nationale Nederlanden:

## ‘Artikel 7 Inschakeling van advocaten:

1. Indien ingevolge de polisvoorwaarden of naar de mening van het SRK een advocaat ingeschakeld moet worden, heeft de verzekerde het recht een advocaat naar keuze aan te wijzen. Heeft verzekerde geen voorkeur, dan geeft het SRK opdracht aan een advocaat van haar keuze.’.

**Polisvoorwaarden na het arrest Sneller**DAS

## Algemene polisvoorwaarden (01-2016)

## ‘3. Hoe verleent DAS de juridische hulp?

Juridische hulp door deskundigen in dienst van DAS U krijgt de juridische hulp van een juridisch specialist die in dienst is van DAS. Deze specialist overlegt met u over de manier waarop uw conflict wordt behandeld. Ook informeert hij u of dat wat u wenst, haalbaar is. Externe deskundigen inschakelen Als wij dit nodig vinden, kunnen wij een deskundige inschakelen die niet bij DAS in dienst is, bijvoorbeeld een rechtshulpverlener of een schade-expert. Dit noemen wij een externe deskundige. Deze deskundige kan dan (een deel van) de juridische hulp verlenen. Alleen DAS mag de externe deskundige namens u inschakelen. Dat mag u dus niet zelf doen.

(...)

## Zelf een externe rechtshulpverlener kiezen

U mag zelf een rechtshulpverlener kiezen, als het nodig is om namens u een gerechtelijke of administratieve procedure te voeren. In veel gevallen kan de juridisch specialist van DAS die procedure voor u voeren. Maar als u dat wilt, mag u ook een rechtshulpverlener kiezen die niet bij DAS in dienst is. Bijvoorbeeld een advocaat. Dit noemen wij een externe rechtshulpverlener.'

### ARAG

ProRechtPolis® Particulier juli 2015

'5. Wat doen wij als u onze hulp gevraagd heeft?

(...)

Welke hulp krijgt u? U krijgt hulp van een van onze juridisch specialisten. U geeft deze juridisch specialist een machtiging:

- Om namens u op te treden in het conflict.
- Om te onderhandelen voor u met de tegenpartij.
- Om een rechtszaak te beginnen als dat nodig is.
- Om u te verdedigen tegen de eisen van de tegenpartij.

In de volgende twee situaties mag u zelf een juridisch specialist kiezen. Wij moeten daar wel eerst toestemming voor geven en wij schakelen deze juridisch specialist in.

1. Als het nodig is om een gerechtelijke of administratieve procedure te voeren.
2. Als u een conflict meldt waarvoor u onze hulp wilt, en dat conflict is volgens deze voorwaarden bij ons verzekerd. En de tegenpartij komt bij ons met datzelfde conflict, is ook verzekerd volgens deze voorwaarden en wil ook onze hulp. Wij hebben dan een belangenconflict."

### Centraal Beheer

Voorwaarden rechtsbijstandverzekering Januari 2017

'8. Wat is verzekerd? Rechtsbijstand.

(...)

Het advies en de behandeling door juristen van de Stichting Achmea Rechtsbijstand.

- Achmea Rechtsbijstand is een onafhankelijke stichting.



- Soms schakelt Achmea Rechtsbijstand een juridisch deskundige uit het eigen netwerk in. Deze rechtsbijstand is onbeperkt verzekerd.

(...)

13. Wanneer mag een verzekerde zelf een advocaat of juridisch deskundige kiezen? Als een verzekerde en tegenpartij allebei rechtshulp van Achmea Rechtsbijstand krijgen. Als Achmea Rechtsbijstand vindt dat een gerechtelijke of administratieve procedure gevoerd moet worden.'

### Delta Lloyd

Voorwaarden Delta Lloyd Rechtsbijstandverzekering voor Particulieren

'Stap 2. Hoe krijgt u rechtsbijstand van DAS? Waar is deze verzekering voor?

1 Met deze verzekering krijgt u van DAS juridische hulp. In de meeste gevallen krijgt u deze hulp van juridisch specialisten van DAS. Uw juridisch specialist:

- adviseert u over uw rechten, en over de vraag hoe u kunt krijgen wat u wilt;
- onderhandelt met de tegenpartij in het conflict over een voor u aanvaardbare oplossing;
- verdedigt u tegen eisen van de tegenpartij;
- voert een juridische procedure namens u;
- zet zich ervoor in dat uitspraken van een rechter uitgevoerd worden.

(...)

Advocaten of andere deskundigen inschakelen

(...)

3 Is het noodzakelijk dat een gerechtelijke of administratieve procedure gevoerd wordt? Dan mag u zelf een advocaat kiezen om uw belangen te verdedigen, te vertegenwoordigen of te behartigen. Deze advocaat moet dan wel in Nederland zijn ingeschreven. Komt uw conflict voor een rechtbank in het buitenland? Dan moet de advocaat in dat land en bij die rechtbank zijn ingeschreven.'

### Nationale Nederlanden

ZPP PP 1200-05 Rechtsbijstand

'Heeft u wel recht op rechtsbijstand, dan dekt deze verzekering:

- Rechtsbijstand door een specialist van SRK of – als dat van toepassing is – door een rechtshulpverlener, advocaat of mediator die door SRK wordt ingeschakeld. Wat er precies onder deze rechtsbijstand valt, leest u in artikel 5.
- Juridisch advies door een specialist van SRK, zoals beschreven in artikel 6.

- De kosten van de rechtsbijstand en adviesdiensten van SRK, zoals beschreven in artikel 7.

(...)

5.2.2 Bij een gerechtelijke of administratieve procedure Soms is het voor uw zaak nodig om een gerechtelijke of administratieve procedure te voeren. Als SRK concludeert dat dat noodzakelijk is, kunt u ervoor kiezen om hiervoor een rechtshulpverlener van binnen of buiten SRK in te schakelen. Deze rechtshulpverlener kan een advocaat zijn of een andere persoon die bevoegd is om deze procedures te voeren.'





